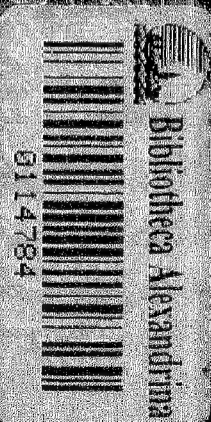


كتاب المبسوط

لشمس الدين السرخسي
المتوفى سنة ٤٩٠ هجرية

الجزء العاشر
١٩-٢٠

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



كِتَابُ
الْمَبْسُوطِ
لِشَمْسِ الدِّينِ السَّرْحِييِّ
الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ٤٩٠ هِجْرِيَّةً

جميع الحقوق محفوظة

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ص.ب: ٩٤٢٤/١١ - تلکس: Le 41245 Nasher

هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣

فاکس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢ - ٠٠/٦٠٢١٣٣ - ٠٠/٩٦١١

كِتَابُ المَبْسُوطِ

لِسُحْمَسِ الدِّينِ السَّرْحِيّ

المتوفى سنة ٤٩٠ هـ جَرِيَّة

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جاعة من ذوى الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

الجزء التاسع عشر

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوكالة

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة ونفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء * اعلم أن الوكالة في اللغة عبارة عن الحفظ ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى بمعنى الحفيظ كما قال الله تعالى وحسبنا الله ونعم الوكيل ولهذا قال علماؤنا رحمهم الله فيمن قال لا آخر وكلتك بما لي انه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط وقيل معنى الوكالة التفويض والتسليم ومنه التوكيل قال الله تعالى وعلى الله توكلنا يعني فوضنا اليه أمورنا وسلمنا فالتوكيل تفويض التصرف الى الغير وتسليم المال اليه ليتصرف فيه ثم للناس الى هذا المقدم حاجة ماسة فقديم مجز الانسان عن حفظ ماله عند خروجه للسفر وقد يعجز عن التصرف في ماله لقلة هدايته وكثرة اشتغاله أو لكثرة ماله فيحتاج الى تفويض التصرف الى الغير بطريق الوكالة . وقد عرف جواز هذا المقدم بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة وهذا كان توكيلا . وأما السنة فاروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه وكل حكيم ابن حزام رضى الله عنه بشراء الاضحية وبه وكل عروة البارقي فلما سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا أعطاه علامة وقال انت وكيل بخير اعطيتك ماسألتني بهذه العلامة والدليل عليه الحديث الذي بدأ به محمد رحمه الله الكتاب ورواه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله عن سالم عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس رضى الله عنها قالت طلقني زوجي ثلاثا ثم خرج الى اليمن فوكل أخاه بنفقتي فخاصمته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي نفقة ولا سكنى فني هذا جواز التوكيل بالاتفاق وبظاهر الحديث يستدل ابن أبي ليلى رحمه الله فيقول ليس للمبتوتة نفقة ولا سكنى ولكننا نقول ان صح الحديث فله تأويلان أحدهما انها كانت بذينة اللسان بذينة على أحماء زوجها فاخرجوها فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تسد في بيت أم مكتوم رضى الله عنها تسكيننا للفتنة فظنت انه لم يجعل لها نفقة ولا

سكنى الثانى انه وكل أخاه بان ينفق عليها خبز الشمير ولم يكن الزوج حاضرا ليقضى عليه شيء آخر فلماذا قالت ولم يجعل لى نفقة ولا سكنى وذكر عن عبد الله بن جعفر رضى الله عنه قال كان على كرم الله وجهه لا يحضر خصومة أبدا وكان يقول ان الشيطان ليحضرها وان لها قما الحديث وفيه دليل على أن التحرز عن الخصومة واجب ما أمكن لما أشار اليه رضى الله عنه انه موضع لحفرة الشيطان وان للخصومة قماى مهالك وقال صلى الله عليه وسلم كفى بالمرء اثما أن لا يزال مخاصما قال وكان اذا خوصم فى شيء من أمواله وكل عقيل رضى الله عنه وفيه جواز التوكيل بالخصومة وبظاهره يستدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى جواز التوكيل بنير رضا الخصم لان عليا رضى الله عنه لم يطلب رضا خصومه ولكن الظاهر أن خصومه كانوا يرضون بتوكيله لانه كان أهدي الى طرق الخصومة من غيره لو فور علمه وانما كان يختار عقيل رضى الله عنه لانه كان ذكيا حاضرا الجواب حتى حكى أن عليا رضى الله عنه استقبله يوما ومعه عزله فقال له على رضى الله عنه على سبيل الدعاية أحد الثلاثة أحق فقال عقيل رضى الله عنه أما أنا وعزى فمافلان قال فلما كبر سن عقيل وكل عبد الله بن جعفر رضى الله عنه عنه اما أنه وقره لكبره أو لانه انتقص ذهنه فكان يوكل عبد الله بن جعفر رضى الله عنه وكان ذكيا شابا وقال هو وكيلى فاقضى عليه فهو على وماقضى له فهو لى وفى هذا دليل على أن الوكيل يقوم مقام الموكل وان القضاء عليه بمنزلة القضاء على الموكل قال نفاصنى طلحة ابن عبد الله رضى الله عنه فى ضمير أحده على رضى الله عنه بين أرض طلحة وأرض نفسه والضمير المسناة وفيه دليل على أنهم كانوا يختصمون فيما بينهم ولا نطق بواحد منهم سوى الجليل لكن كان يستنبهم عليهم الحكم فيختصمون الى الحاكم ليعينه لهم ولهذا كانوا يسمون الحاكم فيهم المفتى فوقع عند طلحة رضى الله عنه أن عليا كرم الله وجهه أضربه وحمل عليه السيل ولم ير على رضى الله عنه فى ذلك ضررا حين أحده قال فوعدا عتمان رضى الله عنه أن يركب معنا فينظر اليه وفيه دليل على أن فيما تفاقم من الامر ينبى للامام أن يباشره بنفسه وان يركب ان احتاج الى ذلك فقال والله انى وطلحة نختصم فى المواقب وان معاوية رضى الله عنه على بغلة شبيهة أمام الموكب قد قدم قبل ذلك وافدا فالتى كلمة عرفت انه أعاننى بها قال أرايت هذا الضمير كان على عهد عمر رضى الله عنه قال قلت نعم قال لو كان جورا مازكه عمر رضى الله عنه وفى هذا بيان انه لم يكن بين على ومعاوية رضى الله عنهما فى أول

الامر سوى الجليل الى أن نزع الشيطان بينهما فوقع ما وقع قال فسار عثمان رضي الله عنه حتى رأى الضفير فقال ما أرى ضررا وقد كان على عهد عمر رضي الله عنه ولو كان جورا لم يدعه وإنما قال ذلك لأن عمر رضي الله عنه كان معروفا بالعدل ودفع الظلم على ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما دار عمر فالحق معه وفيه دليل على أن ما وجد قديما يترك كذلك ولا يغير إلا بحجة فإن عثمان رضي الله عنه ترك الضفير على حاله بسبب أنه كان قديما وذكر عن شريح رحمه الله أنه يجيز بيع كل مجيز الوصي والوكيل والمجيز ما يتم العقد بإجازته وفيه بيان أن العقود تتوقف على الإجازة وإن من يملك إنشاء العقد يملك إجازته وصيا كان أو وكيلًا أو مالكا لأن المعتبر أن يكون تمام العقد برأيه وذلك ما حصل بإجازته وذكر عن شريح رحمه الله أنه قال من اشترط الخلاص فهو أحق سلم ما بمت أو ذر ما أخذت ولا خلاص وبه أخذ علما ونا رحمهم الله بخلاف ما يقوله إبراهيم النخعي رحمه الله أن من باع عبدا يؤخذ بخلاصه يعني إذا شرط (وهذه ثلاثة فصول * الأولى) اشتراط الدرك وتفسيره رد الميمن لاستحقاق المبيع وهو شرط صحيح لأنه يلائم موجب العقد وهو ثابت بدون الشرط فلا يزيده الشرط إلا وكادة (والثاني) شرط المهدة وهو جائز عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فإنه عبارة عن ضمان الدرك عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله هو باطل (وتفسيره) الصك الأصلي الذي كان عند البائع يشترط المشتري عليه أن يسلمه إليه وهذا شرط فيه منفعة لأحد المتعافدين ولا يقتضيه العقد فكان باطلا (والثالث) شرط الخلاص (وتفسيره) أن يشترط على البائع أن المبيع إذا استحق من يده يخلصه حتى يسلمه إليه بأي طريق يقدر عليه وهذا باطل لأنه شرط لا يقدر على الوفاء به فالمستحق ربما لا يساعده عليه ولهذا ينسبه شريح رحمه الله إلى الحماقة حيث التزم ما ليس في وسعه الوفاء به وإذا وكل الرجل بالخصومة في شيء فهو جائز لأنه يملك المباشرة بنفسه فيملك هو صكه إلى غيره ليقوم فيه مقامه وقد يحتاج لذلك أما لقلة هدايته أو لصيانة نفسه عن الابتذال في مجلس الخصومة وقد جرى الرسم على التوكيل على أبواب القضاة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير منكر ولا زجر زاجر فإن أقر الوكيل على الذي وكله بالخصومة مطلقا في القياس لا يجوز إقراره سواء كان في مجلس القاضي أو في غير مجلس القاضي وهو قول أبي يوسف الأول وقول زفر والشافعي رحمهم الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله فقال يصح إقراره في مجلس القاضي وفي غير مجلس

القاضي اقراره باطل وجه القياس انه وكله بالخصومة والخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاحة والافرار اسم لكلام يجري على سبيل المسالة والموافقة وكان ضد ما أمر به والتوكيل بالشئ لا يتضمن ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع أو الصلح والدليل عليه بطلان اقرار الاب والوصى على الصبي مع أن ولايتهما أعم من ولاية الوكيل وأبو يوسف رحمه الله يقول الموكل أقام الوكيل مقام نفسه مطلقا فيقتضى أن يملك ما كان الموكل مالكا له والموكل مالك للقرار بنفسه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء فكذلك الوكيل وهذا لانه انما يختص بمجلس القضاء مالا يكون موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة واليمين فاما الافرار فهو موجب للحق بنفسه سواء حصل من الوكيل أو من الموكل فجلس القضاء فيه وغير مجلس القضاء سواء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا حقيقة الخصومة ما قال زفر رحمه الله ولكنها تركنا هذه الحقيقة وجعلنا هذا توكيلا مجازا بالجواب والافرار جواب تام وانما حملناه على هذا المجاز لان توكيله انما يصح شرعا بما يملكه الموكل بنفسه والذي يتيقن به أنه مملك للموكل الجواب لا الانكار فانه اذا عرف المدعى محقا لا يملك الانكار شرعا وتوكيله فيما لا يملك لا يجوز شرعا والديانة تمنه من قصد ذلك فلهذا حملناه على هذا النوع من المجاز كالمبدع المشترك بين اثنين يبيع أحدهما نصيبه فينصرف يعه الى نصيبه مطلقا ليصح عقدة هذا الطريق غير انه انما سمي الجواب خصومة مجازا اذا حصل في مجلس القضاء لانه لما ترتب على خصومة الآخر اياه سمي باسمه كما قال الله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها والمجازاة لا تكون سيئة حقيقة ولان مجلس الحكم بالخصومة فما يجري فيه يسمى خصومة مجازا وهذا لا يوجد في غير مجلس القضاء ولانه انما استعان بالوكيل فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وذلك فيما يستحق عليه والمستحق عليه انما هو الجواب في مجلس الحكم بخلاف الاب والوصى فان تصرفهما مقيد بشرط الا نظر والاصلاح قال الله تعالى قل اصلاح لهم خير وقال عز وجل ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن وذلك لا يظهر بالافرار فلهذا لا يملكه وان وكله بالخصومة غير جائز الاقرار عليه صح الاستثناء في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يصح لان من أصله ان صحة الاقرار باعتبار قيام الوكيل مقام الموكل وهذا حكم الوكالة فلا يصح استثناءه كما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الوكيل الثمن أولا يسلم المبيع كان الاستثناء باطلا فاما في ظاهر الرواية فلا استثناء صحيح لان صحة اقرار

الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ الى نوع من المجاز فهو بهذا الاستثناء بين أن مراده حقيقة الخصومة لا الجواب الذي هو مجاز بمنزلة بيع أحد الشريكين نصف العبد شائما من النصيبين أنه لا ينصرف الى نصيبه خاصة عند التنصيص عليه بخلاف ما إذا أطلق والثاني أن صحة اقراره وانكاره عند الاطلاق لمعوم المجاز لان ذلك جواب ولا اعتبار المناظرة في المعاملات بالمناظرة في البيانات منع موضعه فاذا استثنى الاقرار كان هذا استثناء لبعض ما تناوله مطلق الكلام أو هو بيان مغاير لمقتضى مطلق الكلام فيكون صحيحا كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان فدخلها ماشيا أو راكبا حث لمعوم المجاز فان قال في يمينه ماشيا فدخلها راكبا لم يحث لما قلنا وعلى هذا الطريق انما يصح استثناءه الاقرار موصولا لا مفصولا عن الوكالة وعلى الطريق الاول يصح استثناءه موصولا ومفصولا قالوا وكذلك لو استثنى الانكار صح ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وهذا لان انكار الوكيل قد يضر الموكل بان كان المدعى وديعة أو بضاعة فانكر الوكيل لم يسمع منه دعوى الرد والهلاك بعد صحة الانكار ويسمع منه ذلك قبل الانكار فاذا كان انكاره قد يضر الموكل صح استثناءه الاقرار ثم اذا أقر الوكيل في غير مجلس القاضى فلم يصح اقراره عندهما كان خارجا من الوكالة وليس له أن يخاصم بعد ذلك لانه يكون مناقضا في كلامه والمناقض لا دعوى له فيستبدل به كالأب والوصى اذا لم يصح اقرارهما على الصبي لا يملكان الخصومة في تلك الحادثة بعد ذلك واذا وكله بالخصومة في دار يدعى فيها دعوى ثم عزله عنها ثم شهد له الوكيل بها فان كان الوكيل قد خاصم الى القاضى جازت شهادته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولم تجز عند أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على ما ذكرنا ان عند أبي يوسف رحمه الله بتعيينه للتوكيل صار خصما قائما مقام الموكل ولهذا جاز اقراره فيخرج من أن يكون شاهدا بنفس التوكيل وعندهما انما يصير خصما في مجلس القاضى فكذلك انما يخرج من أن يكون شاهدا اذا خاصم في مجلس القاضى لا قبل ذلك واذا وكله بالخصومة فله أن يعزله متى شاء لان صحة الوكالة لحاجة الموكل اليه ولما له فيها من المنفعة وذلك في جوازها دون لزومها ولان الوكيل مميته منافعه والاعارة لا يتعلق بها اللزوم الا في خصلة واحدة وهي أن يكون الخصم قد أخذه حتى جعله وكيلا في الخصومة فلا يكون له أن يخرج منه الا بمحض من الخصم لانه تعلق بهذه الوكالة حق الخصم فانه انما خلى سبيله اعتمادا على انه يتمكن من اثبات حقه على الوكيل متى شاء فلو جوزنا

عزله بدون محضر من الخصم بأن يزل الموكل وكيله ويخفى شخصه فلا يتوصل الخصم الى اثبات حقه فلمراعاة حق الخصم قلنا لا يتمكن من عزل الوكيل كالعزل في باب الرهن اذا كان مسلطا على بيعه لا يملك الراهن عزله لحق المرتين وعلى هذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا وكل الزوج وكيلًا بطلاق امرأته بالتماسها ثم سافر لا يملك عزل الوكيل الا بمحضر منها والاصح أنه لا يملكه هناك لانه لا حق للمرأة في سؤال الطلاق والتوكيل عند سفر الزوج وهنا للخصم حق أن يمنع خصمه من أن يسافر وان يلزمه ليثبت حقه عليه وهو انما ترك ذلك بتوكيله وعلى هذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا قال الزوج للوكيل بالطلاق كلما عزلتك فانت وكيل لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط صحيح والاصح عندي أنه يملك عزله بأن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنفذ لانالو لم ينجز ذلك أدى الى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من اللوازم وذلك باطل . واذا وكله بالخصومة وهو مقيم بالبلد لم يقبل ذلك منه الا برضا من خصمه أو يكون مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام والرجال والنساء والتيب والبكر في ذلك سواء في قول أبي حنيفة رحمه الله وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول للبكر أن توكل بغير رضا الخصم وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا للمرأة ان توكل بذلك بكرا كانت أو ثيبا اذا لم يكن مروءة وفي قوله الآخر وهو قول محمد والشافعي رحمهم الله الرجل والمرأة سواء في ذلك لم التوكيل بغير رضا الخصم ووجه هذا القول أن التوكيل حصل بما هو من خالص حق الموكل فيكون صحيحا بغير رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء والتقاضى وبيان ذلك أنه وكله بالجواب الذي هو انكار ومن أفسد هذا التوكيل انما يفسده من هذا الوجه فان التوكيل بالانقرار صحيح والانكار خالص حق الموكل لانه يدفع به الخصم عن نفسه فعرضا أنه وكله بما هو من خالص حقه وأبو حنيفة رحمه الله يقول هو بهذا التوكيل قصد الاضرار بخصمه فيما هو مستحق عليه فلا يملكه الا برضاه كالحالة بالدين ومعنى هذا الكلام أن الحضور والجواب مستحق عليه بدليل أن القاضى يقطعه عن اشتغاله ويحضره ليجيب خصمه وانما يحضره لايفاء حق مستحق عليه والناس يتفاوتون في هذا الجواب فرب انكار يكون أشد دفعا للمدعى من انكار والظاهر أن الموكل انما يطلب من الوكيل وذلك الاشد الذي لا يتأتى منه لو أجاب الخصم بنفسه وفيه اضرار بالخصم الا أن أبا يوسف ومحمد رحمهما الله قالا ذلك حق الموكل

لو أتى به بنفسه كان مقبولا منه وصحة التوكيل باعتبار ما هو حق للموكل دون ما ليس
الاشد لحق له كما بيناه في المسئلة الاولى أبو حنيفة رحمه الله بنى على العرف الظاهر هنا وقال
الناس انما يقصدون بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحيل الا باطيل ليدفع حق الخصم عن
الموكل وأكثر ما في الباب أن يكون توكيله بما هو من خالص حقه ولكن لما كان يتصل به
ضرر بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون رضاه كمن استأجر دابة لركوبه أو ثوبا لللبسه
لا يملك ان يؤجره من غيره وان كان يتصرف في ملكه وهي المنفعة ولكن يتصل به ضرر
بملك الغير وهو العين لان الناس يتفاوتون في اللبس والركوب فكذلك أحد الشريكين
في العبد اذا كاتبه كان للآخر أن يفسخ وان حصل تصرف المكاتب في ملكه لا ضرار
يتصل بالشريك وهذا بخلاف التوكيل بالقبض والاياء فان الحق معلوم بصفته فلا يتصل
بهذا التوكيل ضرر بالآخر وكذلك التقاضى له حد معلوم منع الوكيل من مجاوزة ذلك الحد
لئلا يتضرر به الخصم فاما الخصومة فليس لها حد معلوم يعرف حتى اذا جاوزه منع منه فهذا
شرطنا رضا الخصم وهذا الشرط ليس مؤثرا في صحة الوكالة فالتوكيل صحيح ولكن الكلام
في اسقاط حق المطالبة بجواب الموكل ولهذا لا يشترط رضا الخصم في التوكيل عند غيبة
الموكل أو مرضه لانه ليس للخصم حق المطالبة باحضار الموكل فلا يكون في التوكيل اسقاط
حق مستحق عليه وهو نظير شهادة الفروع على شهادة الاصول فانها تصح عند مرض الاصول
وغيبتهم مدة السفر ولا تصح عند حضورهم لاستحقاق الحضور بانفسهم للاداء في هذه الحال
وابن أبي ليلى رحمه الله كان يقول المقصود باحضار البكر لا يحصل لانها تستحي فتسكت
والشرع مكنها من ذلك فجاز لها ان توكل بغير رضا الخصم وهكذا يقول أبو يوسف رحمه الله
في المرأة التي ليست معتادة مخالطة الرجال فانها لا تتمكن من هذا الجواب اذا حضرت مجلس
الحكم فان حشمة القضاء تمنعها من ذلك واذا كان المقصود لا يحصل بحضورها جاز لها أن
توكل والذي نختاره في هذه المسئلة من الجواب أن القاضي اذا علم من المدعى التعنت في
اباء الوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الخصم واذا علم من الموكل القصد الى
الاضرار بالمدعى في التوكيل لا يقبل ذلك منه الا برضا الخصم فيصير الى دفع الضرر من
الجانين . واذا وكلت امرأة رجلا أو رجل امرأة أو مسلم ذميا أو ذمى مسلما أو حر عبدا أو
مكاتباً له أو لغيره باذن مولاه فذلك كله جائز لمعوم الحاجة الى الوكالة في حق هؤلاء قال

والوكالة في كل خصوصية جائزة ما خلا الحدود والقصاص أو سلعة ترد من عيب والمراد التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص فان التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق لان الوكيل قائم مقام الموكل والحدود تندري بالشبهات فلا تستوفي بما يقوم مقام الغير في ذلك من ضرب وشبهه (ألا ترى) انها لا تستوفي في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على شهادة النساء مع الرجال وكذلك التوكيل باستيفاء القصاص لا يجوز ولا يستوفي في حال غيبة الموكل عندنا وعند الشافعي رحمه الله يستوفيه الوكيل لانه محض حق العباد ومبنى حقوق العباد على الحفظ والصيانة عليهم فكان لصاحب القصاص أن لا يحضر بنفسه ويوكل باستيفائه دفعا للضرر عن نفسه كسائر حقوقه ولكننا نقول هذه عقوبة تندري بالشبهات فلا تستوفي بمن يقوم مقام الغير كالحدود ولهذا لا تستوفي في كتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال وتوضيحه انه لو استوفى في حال غيبة الموكل كان استيفاء مع تمكن شهادة العفو لجواز أن يكون الموكل عني بنفسه والوكيل لا يشمر به ولهذا اذا كان الموكل حاضرا يجوز للوكيل أن تستوفي لانه لا يتمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل الى ذلك اما لملته هدايته في الاستيفاء أو لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل في الاستيفاء عند حضرته استحسانا فاما قوله أو سلعة ترد بالعيب فليس المراد به ان التوكيل بالخصوصية في هذا غير صحيح بل المراد ان الوكيل اذا أثبت العيب فادعى البائع رضا المشتري بالعيب فليس للوكيل أن يرده بالعيب حتى يحضر المشتري فيحلف بالله ما رضى بالعيب وهذا بخلاف الوكيل يقبض الدين اذا ادعى المطلوب أن الطالب قد استوفى دينه أو أبرأ المطلوب منه فانه يقال له ادفع المال الى الوكيل وأنت على خصوصتك في استعلاف الموكل اذا حضر والفرق من وجهين أحدهما ان الدين حق ثابت بنفسه اذ ليس في دعوى الاستيفاء والابراء ما ينافي أصل حقه لكنه يدعى اسقاطه بعد تقرير السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط فاما في العيب ان علم المشتري بالعيب وقت البيع يمنع نبوت حقه في الرد أصلا فالبائع ليس يدعى مسقطا بل زعم أن حقه في الرد لم يثبت أصلا فلا بد من أن يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه والثاني ان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ للعقد والمقد اذا انفسخ فلا يعود فلو أثبتنا حق الرد عليه تضرر الخصم بانفساخ عقده عليه فاما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقد واذا حضر الموكل فابى أن يحلف توصل المطلوب الى حقه فلماذا أمر بقضاء الدين وفي الوكيل يأخذ الدار بالشفعة اذا ادعى الخصم

أن الموكل قد سلم وطاب يمينه على ذلك في ظاهر الرواية هذا ومسئلة الدين سواء وللوكيل
أن يأخذ بالشفعة لان المشتري يدعي مسقطا بعد تقرر السبب وعن أبي يوسف رحمه الله ان
هذا ومسئلة العيب سواء لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فكما لا يقضى القاضي بفسخ العقد
ما لم يحضر الموكل ويحلف فكذلك لا يقضى بالشفعة ما لم يحضر الموكل ويحلف ما سلم بالشفعة
فان أراد المطلوب يمين الوكيل فليس له عليه يمين في الاستيفاء لان الاستيفاء مدعى على الطالب
ولو استحلف الوكيل على ذلك كان على سبيل النيابة عنه ولا نيابة في اليمين وقال زفر رحمه الله
له أن يحلف الوكيل بالله ما يعلم ان الطالب استوفى الدين لان الوكيل لو أقر باستيفاء الطالب لم
يكن له أن يخاصم المطلوب فاذا أنكر استحلفه عليه كما يستحلف وارث الطالب على هذا بعد
الطالب ولكننا نقول الوكيل نائب ولا نيابة في اليمين بخلاف الوارث فانه قائم مقام المورث
في الحق فتصير اليمين مستحقة على الطالب الا أن الاستحلاف على فعل الغير يكون علما فاذا
حضر الطالب فات المطلوب الا أن يحلف بالله لقد شهدت شهوده بحق لم يكن له على ذلك
سبيل لان صدق الشهود شرعا بظهور عدالتهم كما ان صدق المدعى باقامة البينة فكما لا يحلف
المدعى مع البينة فكذلك لا يحلف بعد ظهور عدالة الشهود الذين شهدوا بحق ولكنه يحلف
بالله ما استوفيت ديني فان حلف تم قبض الوكيل وان نكل عن اليمين لزمه المال دون الوكيل
لان نكوله كإقراره أو بدله فينفذ عليه دون الوكيل ولكن ان كان المال المقبوض عند الوكيل
فهو حق الطالب يقبضه من الوكيل ثم يدفعه الى المطلوب بحكم نكوله وليس للمطالب أن
يرجع به على الوكيل بخلاف ما اذا أقام المطلوب البينة على القضاء فان البينة حجة في حقهما فان
شاء رجع بالمقبوض على الوكيل اذا كان قائما في يده لانه تبين انه قبض بغير حق وان شاء أخذ
الموكل به لان الوكيل عامل له فمهدة عمله عليه وان قال الوكيل قد دفعته الى الموكل أو
هلك منى فاقول قوله مع يمينه لانه كان أمينا مسلطا على ما أخبر به من جهة الموكل فاقول
فيه قوله وان قال أمرني فدفعته الى وكيل له أو غريم أو وهبه لي أو قضاني من حق كان لي
عليه لم يصدق وضمن المال لانه يدعى تملك المقبوض لنفسه بسبب لم يعرف ذلك السبب
أو يقر بالسبب الموجب للضمن على نفسه بدفعه الى غيره وادعى الامر من جهة صاحب
المال ولا يثبت ذلك بقوله اذا أنكره صاحب المال فلهذا ضمن المال قال ولا يقبل من
الوكيل شهادة على الوكالة في شيء مما ذكرنا الا ومعه خصم حاضر لان شرط قبول البينة

الدعوى والانكار فكما ان انعدام الدعوى يمنع قبول البيينة فكذلك انعدام الانكار ولا يتحقق الانكار الا من خصم حاضر وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقبل البيينة على هذا من غير خصم ويقول الوكيل بهذه البيينة لا يلزم أحدا شيئا وانما يثبت كونه نائبا عن موكله وليس فيه الزام شيء على موكله فلا معنى لاشتراط حضور الخصم ولكنها تقول انما سميت البيينة لكونها مبينة في حق المنكر وذلك لا يتحقق الا بحضور من الخصم فان أقام البيينة على الوكالة بغير محضر من الخصم والميمن من القاضي ان يكتب شهادة شهوده الى قاضي بلد آخر ليقضى به في ذلك لان هذه الشهادة ليست للقضاء بل للنقل فان قاضي بلد ينقل شهادتهم في كتابه الى مجلس القاضي الذي فيه الخصم كما ان شهود الفرع ينقلون شهادة الاصول بعبارتهم فكما لا يشترط في اشهاد الفروع حضرة الخصم فكذلك هنا وان قبل القاضي البيينة بغير خصم وقضى بها جاز قضاؤه لانه قضي في فصل مختلف فيه فان العلماء رحمهم الله يختلفون في سبب القضاء هنا ان البيينة هل هي حجة بغير محضر خصم أم لا فاذا قضي بها القاضي فقد أمضى فصلا مجتهدا فيه باجتهاده فلماذا لا يفسد قضاؤه قال ولاحد الوكيلين بالخصومة أن يخصم وليس له أن يقبض أولا يقول الوكيل بالخصومة له أن يقبض المالك عندنا وليس له أن يقبض عند زفر رحمه الله لانه أمر بالخصومة فقط والخصومة لاظهار الحق والاستيفاء ليس من الخصومة ويختار في الخصومة ألح الناس وللقبض آمن الناس فن يصلح للخصومة لا يرضى بامائه عادة ولكنها تقول الوكيل بالشيء مأمور باتمام ذلك الشيء واتمام الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة قائمة ما لم يقبض ولان المقصود بالخصومة الوصول الى الحق وذلك بالقبض يكون والوكيل بالشيء يحصل ما هو المقصود به قال فان وكل رجلين بالخصومة فلاحدهما أن يخصم عندنا بدون محضر من الآخر خلافا لزفر رحمه الله لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي ورأي المشي لا يكون كراي الواحد فرضاء برأيهما لا يكون رضا برأي أحدهما كالوكيلين بالبيع ولكنها تقول لو حضر لم يخصم الا أحدهما لانهما لو تسكلا معا لم يتمكن القاضي من أن يفهم كلامهما فلما وكلهما بالخصومة مع علمه ان اجتماعهما عليها متعذر فقد صار راضيا بخصومة أحدهما بخلاف الوكيلين بالبيع ولكن اذا آل الامر الى القبض فليس لاحدهما أن يقبض لانه رضى بامائتهما أو اجتماعهما في القبض والحفظ متأت فلا يكون راضيا بقبض أحدهما وليس للوكيل أن يوكل غيره لان الناس يتفاوتون في الخصومة قال صلى الله عليه وسلم ولعل

بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض الموكل إنما رضي برأيه فلا يكون له أن يوكل غيره بدون رضاه وإن قال ما صنعت في شئني ذلك جائز كان له أن يوكل غيره لأنه أجاز صنعه على العموم فالنوكيل من صنعه فيجوز لوجود الرضا من الموكل به وليس للنوكيل بالخصوصية أن يصالح ولا أن يبيع ولا أن يهب لأن هذه التصرفات ليست من الخصوصية بل هي ضد الخصوصية قاطبة لها والأمر بالشئ لا يتضمن ضده وإذا وكل رجل رجلاً بقبض حق له في دار أو بقسمة أو بخصومة فجعله ذو اليد فله أن يخاصم ويقيم البيعة على حقه لأنه وكله بالخصومة نصاً ولأنه لا يتوصل إلى تمييز نصيب الموكل ولا إلى قبض حقه إلا ببيعة فكان خصماً في إثباته ليحصل مقصود الموكل وإذا وكل المسلم الذي في خصوصية فشهد شهود من أهل الذمة على إبطال حق المسلم لم يجز ذلك على المسلم لأن الوكيل نائب عن الموكل وهذه البيعة في الحقيقة إنما تقوم عن الموكل فلا تكون شهادة أهل الذمة حجة عليه ولو كان المسلم هو الوكيل والذي صاحب الحق فشهد عليه قوم من أهل الذمة جاز ذلك لأن الإلزام في هذه البيعة على صاحب الحق دون الوكيل فإن الوكيل كالنائب إذا استشهدنا الذي أنه أوصى إلى مسلم فشهد قوم من أهل الذمة عليه لحق قبلت الشهادة لأن الإلزام على الميت أو على ورثته دون الوصي وهم من أهل الذمة فكانت شهادة أهل الذمة في ذلك مقبولة فكذلك هنا وتوكيل الرجل الصبي بالخصومة إذا كان يعقل صحيح لأنه إذا كان يعقل فله عبارة معتبرة شرعاً حتى تنفذ تصرفاته بإذن الولي ويجوز أن يكون وكيلاً في البيع والشراء فكذلك في الخصومة إلا أن الصبي إذا لم يكن ابن الموكل فلا ينبغي أن يوكله إلا بإذن أبيه لأن في هذا التوكيل استعمال الصبي في حاجة نفسه وليس لأحد أن يفعل ذلك في ولد غيره إلا بإذن أبيه وإذا وكل وكيلاً في بيع أو شراء أو خصومة فذهب عقل الموكل زماناً فقد خرج الوكيل من الوكالة لأنه نائب عن الموكل وهو إنما انتصب نائباً عن الموكل باعتبار رأى الموكل وقد خرج الموكل بالجنون المطبق من أن يكون أهلاً للرأى وصار مولى عليه فبطلت وكالة الوكيل كما تبطل بموته وهذا في موضع كان للموكل أن يخرج من الوكالة فإما في كل موضع فلم يكن له أن يخرج منها فلا تبطل بجنونه مثل الأمين باليد والمدل إذا كان مسلطاً على البيع فجن الراهن لأن حق النير هناك ثبت في العين وصار ذلك لازماً على الموكل فلا يبطل بجنونه ولا بموته إذا نفي المحل فأما الوكيل بالخصومة إذا كان بالتماس الخصم فجن الموكل أو مات بطلت الوكالة لأن هذه الوكالة

لم تكن لازمة على الموكل (ألا ترى) ان له أن يزل الوكيل بمحض من الخصم وانما لا يميزه
بغير محضر منه لدفع الضرر لا لحق ثابت للخصم في محل ولو كان ذهب عقله ساعة أو جن ساعة
فالوكيل على وكالته لان هذا بمنزلة النوم لا يتقطع به رأى الموكل فلا يصير مولى عليه ثم
أشار الى القياس والاستحسان فيه واختلقت فيه ألفاظ الكتاب فذكر في باب وكالة المكاتب
القياس والاستحسان في جنون ساعة واحدة أن في القياس تبطل الوكالة وفي الاستحسان
لا تبطل وفي باب الوكالة في الطلاق ذكر القياس في المتطاول وقال لا تبطل الوكالة بجنون
الموكل وان تطاول بقاء المحل الذي تعلقت الوكالة به على حق الموكل وفي الاستحسان
تبطل الوكالة ثم لم يذكر في الكتاب الحد الفاصل بين القليل والكثير وذكر في النوادر ان
محمد رحمه الله كان يقول أولا اذا جن شهرا فهو متطاول ثم رجع وقدر المتطاول بجنون
سنة وعن أبي يوسف رحمه الله انه قدر المتطاول باكثر السنة وقد روى عنه انه قدر ذلك
باكثر من يوم وليلة روجه هذا أن الجنون اذا زاد على يوم وليلة كان مسقطا لقضاء الصلاة
بخلاف النوم والقيل من كالدوام فاذا ظهرت المخالفة بين هذا القدر من الجنون وبين النوم
عرفنا انه متطاول ووجه قول محمد رحمه الله أولا أن الشهر في حكم المتطاول وما دونه في حكم
القريب بدليل أن من حلف ليقضين حق فلان عاجلا أو عن قريب فقضاء فيما دون الشهر
برفي يمينه ولو لم يقضه حتى مضى الشهر كان حاشا ولان الجنون اذا استوعب الشهر كله اسقط
قضاء الصوم بخلاف دونه ثم رجع فقدره بالسنة لانه لا تسقط العبادات الا باستفراق الجنون
سنة كاملة فان من العبادات ما يكون التقرير فيها بحول كإزالة على قول محمد رحمه الله ولكن
أبو يوسف رحمه الله يجعل أكثر الحول كجميه في حكم الزكاة حتى قال اذا جن في أكثر
الحول لا تلزمه الزكاة فلماذا قال المتطاول ما يكون في أكثر السنة ولكن محمد رحمه الله يقول
يعتبر كمال السنة لانه اذا لم يوافقه فصل من فصول السنة ولم ينفق عرفنا أن هذه آفة في أصل
العقل بخلاف ما اذا كان في بعض السنة وهو قياس أجل العنين أي ان التقدير فيه بالسنة الكاملة
وتوكيل الصبي رجلا باطل الا أن يكون الصبي مأذونا له لانه انما ينيب نفسه مناب غيره فيما
يملكه بنفسه والصبي المحجور لا يملك التصرف بنفسه فلا يوكّل غيره فاما المأذون بملك التصرف
بنفسه فله أن يوكّل غيره واذا وكل الرجل عبده أو امرأته بالخصومة ثم أعتق عبده
أو طلق امرأته ثلاثا فهما على وكالتهما لان ما عرض لا ينافي ابتداء الوكالة فلا ينافي بقاءها

بطريق الاولى وان باع العبد فان رضى المشتري أن يكون العبد علي وكالته فهو وكيل وان لم يرض بذلك فله ذلك كما لو وكله بعبد البيع وهذا لان منافع العبد صارت للمشتري فلا يكون له ان يصرفها الى حاجة الموكل الا برضا المشتري قال ولو وكل المسلم الحربى في دار الحرب والمسلم في دار الاسلام أو وكله الحربى فالوكالة باطلة لانه لاعصمة بين من هو من أهل دار الحرب وبين من هو من أهل دار الاسلام (ألا ترى) أن عصمة النكاح مع قوتها لا تبقى بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الاسلام فلان لا تثبت الوكالة أولى وهذا لان تصرف الوكيل برأى الموكل ومن هو في دار الحرب في حق من هو في أهل دار الاسلام كاليت والوكيل يرجع بما ياحقه من العهدة على الموكل وتباين الدارين يمنع من هذا الرجوع قال وان وكل الحربى الحربى في دار الحرب ثم أسلم أو أسلم أحدهما فالوكالة باطلة لان النيابة بالوكالة تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار أحكام بخلاف البيع والشراء فان ثبوت الحكم هناك بالاستيلاء حسا على ما يقتضيه (ألا ترى) ان بعد ما أسلم لم يكن لأحدهما أن يخصم صاحبه شئ من بقايا معاملاتهم في دار الحرب فكذلك لا تعتبر تلك الوكالة وان أسلم جميعا ثم وكل أحدهما صاحبه أجزت ذلك بمنزلة المسلمين من الأصل واذا خرج الحربى إلينا بأمان وقد وكله حربى آخر في دار الحرب ببيع شئ أجزت ذلك لان ذلك الشئ معه يتمكن من التصرف فيه وقد ثبت حكم الأمان فيه فكأنه وكله ببيعه وهما مستأمانان في دارنا بخلاف ما اذا لم يكن ذلك الشئ معه فان حكم الأمان لم يثبت فيه ولا يقدر الوكيل على تسليمه بحكم البيع وان كان وكله بخصومة لم يجوز ذلك على الحربى لان الازام بخصومة الوكيل انما تكون على الموكل وليس للقاضى ولاية الازام على من هو في دار الحرب قال وتوكيل المرتد المسلم ببيع أو قبض أو خصومة أو غير ذلك موقوف في قول أبى حنيفة رحمه الله بمنزلة سائر تصرفاته عنده انها توقف بين أن تبطل بقتله أو موته أو لحوقه بدار الحرب وبين ان تنفذ باسلامه فكذلك وكالته وعندهما تصرفات المرتد نافذة فكذلك وكالته ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الاسلام واذا قضى القاضى بلحاظه بعد موته أو جملة من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة (ألا ترى) ان ابتداء الوكيل لا يصح في هذه الحال فان عاد مسلما لم تعد الوكالة في قول أبى يوسف رحمه الله وعادت في قول محمد رحمه الله. وجه قول أبى يوسف رحمه الله ان قضاء

القاضي بلحوقه بمنزلة القضاء بموته وذلك ابطال للوكالة وبمعد مائاً كد بطلان الوكالة بقضاء
القاضي لانمود الا بالنجديد ولانه لما عاد مسلماً كان بمنزلة الحربي اذا أسلم الآن (ألا ترى) ان
الفرقة الواقعة بينه وبين زوجته لا ترتفع بذلك فكذلك الوكالة التي بطلت لا نمود ومحمد
رحمه الله يقول صحة الوكالة لحق الموكل وحقه بعد إلحاقه بدار الحرب قائم ولكنه عجز عن
التصرف لعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال صار كأن لم يكن فيبقى الوكيل على
وكالته بعد ردة الموكل على حاله ولكن تمذر على الوكيل بمنزلة ما لو اغمى على الوكيل زماناً
ثم افاق فهو على وكالته فاما اذا ارتد الموكل ولحق بدار الحرب بطلت الوكالة لقضاء القاضي
بلحاقه بدار الحرب فان عاد مسلماً لم يعد الوكيل على وكالته في رواية الكتاب فابو يوسف
رحمه الله سوى بين الفصيلين ومحمد رحمه الله يفرق فيقول الوكالة تعلق بملك الموكل وقد
زال ملكه برده وإلحاقه فبطلت الوكالة على البتات واما بردة الوكيل فلم يزل ملك الموكل قائماً
فكان محل تصرف الوكيل باقياً ولكنه عجز عن التصرف لعارض فاذا زال العارض صار كأن
لم يكن وجعل على هذه الرواية ردة الموكل بمنزلة عزله الوكيل لانه فوت محل وكالته بمنزلة ما لو
وكله ببيع عبد ثم اعتقه وفي السير الكبير يقول محمد رحمه الله يعود الوكيل على وكالته في
هذا الفصل أيضاً لان الموكل اذا عاد مسلماً يعاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة
بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبد له ثم باعه الموكل بنفسه ويرد عليه
بالعيب بقضاء القاضي عاد الموكل على وكالته فهذا مثله قال واذا وكل رجلان رجلاً وأحدهما
يخاصم صاحبه لم يجز أن يكون وكيلهما في الخصومة لانه يؤدي الى فساد الاحكام فانه يكون
مدعيان من جانب واحد من الجانب الآخر والتضاد منهي عنه في البيع والشراء فاذا كان في
البيع لا يصلح الواحدان يكون وكيلاً من الجانبين ففي الخصومة أولى وان كانت الخصومة
لهما مع ثالث فوكل واحداً جاز لان الوكيل معبر عن الموكل والواحد يصلح ان يكون معبراً
عن اثنين كما يصلح ان يكون معبراً عن واحد واذا وكل رجلاً بالخصومة ثم عز له بغير علم
منه لم ينزل عندنا وقال الشافعي رحمه الله ينزل لان نفوذ الوكالة لحق الموكل فهو بالنزل
يسقط حق نفسه وينفرد المرء باسقاط حق نفسه (ألا ترى) انه يطلق زوجته ويعتق عبده
بغير علم منهما ويكون ذلك صحيحاً والثاني الوكالة للموكل لا عليه ولهذا لا يكون ملزماً اياه
فلو لم ينزل بالنزل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه وذلك لا يجوز ولكننا نقول

الزل خطاب ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب
 ما لم يعلم به كخطاب الشرع فان أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه
 الى الكعبة وجوز لهم ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا به وكذلك كثير
 من الصحابة رضوان الله عليهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وفيه نزل
 قوله تعالى ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ولان هذا الخطاب
 مقصود للعمل ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم ولو أثبتنا الزل في حق الوكيل قبل علمه
 أدى الى الاضرار به والغرر ولم يثبت للوكيل عليه ولاية الاضرار به وهذا بخلاف ما اذا
 أعتق العبد الذي وكله يديه لان الزل هناك حكى لضرورة فوات المحل فلا يتوقف
 على العلم وهنا انما يثبت الزل قصدا فلا يثبت حكمه في حق الوكيل ما لم يعلم به دفعا للضرر
 عنه حتى اذا نفذ القاضي القضاء على الوكيل قبل علمه بالزل كان نافذا وللوصى أن يوكل
 بالخصومة لليتامى لانه قائم مقام الاب ولانه يملك مباشرة الخصومة بنفسه فله أن يستعين
 بغيره بخلاف الوكيل فان هناك رأى الموكل قائم واذا عجز الوكيل عن المباشرة بنفسه فلا
 حاجة له الى الاستعانة بغيره بل يرجع الى الموكل ليخاصم بنفسه أو يوكل غيره وهنا رأى
 الموصى ثابت والصبي عاجز عن الخصومة بنفسه وانما يصير الاب وصيا له لدفع الضرر عن
 الصبي وذلك انما يحصل بمباشرة الوصى بنفسه تارة والاستعانة بغيره أخرى فلهذا ملك التوكيل
 قال واذا وكل الرجل بالخصومة عند القاضي والقاضي يعرف الموكل فهو جائز لان علم القاضي
 بالوكالة يتم اذا عرف الموكل وعلمه أقوى من شهادة الشهود عنده وان لم يعرفه لم يقبل
 ذلك منه حتى يشهد للوكيل على الوكالة شاهدان يريد به أن الوكيل اذا حضر خصم يدعى
 لموكله قبله مالا وذلك الخصم بمحمد وكالته فالقاضي يقول للوكيل قد عرفت أن رجلا من
 الناس قد وكلت ولكنى لأدري من يدعى له الحق الآن هو ذلك الرجل أم لا لاني ما كنت
 أعرف ذلك الرجل فلهذا لا يحد الوكيل بدا من اقامة البينة على الوكالة من جهة ذلك الرجل
 الذي يدعى الحق له واذا وكل الرجل بقبض عبده أو اجارته فادعى العبد العتق من مولاه
 وأقام البينة ففي القياس لا تقبل هذه البينة لانها قامت على من ليس بخصم فان الوكيل بقبض
 العين لا يكون خصما والعبد انما يدعى العتق على مولاه والمولى غائب ولكنه استحسن

فقال تقبل هذه البيعة في قصر يد الوكيل عن العبد دون القضاء بالعتق لأنها تتضمن العتق ومن صيرورته قصر يد الوكيل عن قبضه واجازته والوكيل ليس بخصم في أحدهما وهو أثبات العتق على الموكل ولكنه خصم في اثبات قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فلما قلنا البيعة في قصر يد الوكيل عنه وان لم يتم العبد البيعة وادعى أن له بيعة حاضرة أجله القاضي ثلاثا فان أحضر بيعة والا دفعه الى الوكيل لانه لا يتمكن من احضار الشهود الامة فلو لم يمهله القاضي أدى الى الاضرار بالعبد ومدة الثلاث حسن لدفع الضرر وابلاغا للمذرك كما اشترطت في الخيار وكذلك لو وكله بنقل امرأته اليه فقامت البيعة أنزوجهما طلقها ثلاثا أو وكله بقبض دار فقام ذو اليد البيعة انه اشتراها من الموكل لانه وكيل بقبض العين والوكيل بقبض العين لا يكون خصما فيما يدعى على الموكل من شراء أو غير ذلك لكنه خصم في قصر يده عنه فتقبل البيعة عليه في هذا الحكم ولو وكله بقبض دين له فقام الغريم البيعة انه قد أوفاه الطالب قبل ذلك منه في قول أبي حنيفة رحمه الله لان الوكيل بقبض الدين عنده يملك خصومته فيكون خصما عن الوكيل فيما يدعى عليه من وصول الحق اليه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل بقبض الدين كالوكيل بقبض العين في أنه نائب محض فتقصر وكالتيه على ما أمر به فلا يملك الخصومة ولا يكون خصما فيما يدعى على الموكل وقاساه بالرسول فان الرسول بقبض الدين لا يملك فكذلك الوكيل لان كل واحد منهما لا يلحقه شيء من المهدة وأبو حنيفة رحمه الله يقول الوكيل بقبض الدين وكيل بالمبادلة فيكون خصما كالوكيل بالبيع وبيان ذلك أن الديون تنضي بامثالها فكان الموكل وكله بان يملك المطلوب ما في ذمته بما يستوفي منه بخلاف الوكيل بقبض الدين فليس فيه من معنى التمليك شيء ثم قبض الدين من وجه مبادلة من وجه كانه غير حق الموكل لان من الديون ما لا يجوز الاستبدال به فلا اعتبار شبهه بقبض العين قلنا لا تلحقه المهدة في المقبوض ولا اعتبار شبهه بالمبادلة قلنا يملك الخصومة وليس هذا كالرسول فان الرسول في البيع لا يخاصم بخلاف الوكيل فكذلك في قبض الدين وهذا لان الرسالة غير الوكالة (ألا ترى) أن الله تعالى سمي محمدا صلى الله عليه وسلم رسولا الى الخلق بقوله تعالى يا أيها الرسول ونفني عنه الوكالة بقوله قل است عليكم بوكيل وقال الله تعالى وما أنت عليهم بوكيل فظهرت المنابرة بينهما والله أعلم

باب الشهادة في الوكالة

(قال رحمه الله) ويجوز من الشهادة في الوكالة ما يجوز في غيرها من حقوق الناس لأن الوكالة لا تندري بالشبهات اذا وقع فيها الغلط أمكن التدارك والتلافى فتكون بمنزلة سائر الحقوق في الحجة والاثبات أو دونه ولا تفسد باختلاف الشاهدين في الوقت والمكان لأنها كلام يعاد ويكرر ويكون الثاني عين الاول فاختلف الشاهدين فيه في المكان والزمان لا يكون في المشهود به وان شهدا على الوكالة وزادا انه كان عزله عنها جازت شهادتهما على الوكالة ولم تجز شهادة احدهما على الزل عندنا وقال زفر رحمه الله لا يقضى بهذه الشهادة بالوكالة في الحال لأن أحد الشاهدين يزعم انه ليس بوكيل في الحال فكيف يقضى بالوكالة بهذه الحجة ولكننا نقول الزل يكون اخراجا للوكيل من الوكالة ولا يتبين به أنه لم يكن وكلا فقد اتفق الشاهدان على الوكالة وبعد ثبوتها تكون باقية الى ان يظهر الزل فانما يقضى القاضى ببقاء الوكالة لأن دليل الزل لم يظهر بشهادة الواحد وان شهد احدهما انه وكله بخصومة فلان في دارسماها وشهد الآخر انه وكله بالخصومة فيها وفي شيء آخر جازت الشهادة في الدار التي اجتمعا عليها لأن الوكالة تقبل التخصيص فانه أنابه وقد ينيب الغير مناب نفسه في شيء دون شيء فقيما اتفق عليه الشاهدان تثبت الوكالة وفيما تفرد به احدهما لم تثبت وهو قياس ما لو شهد أحد شاهدي الطلاق أنه طلق زينب وشهد الآخر انه طلقها وعمره فتطلق زينب خاصة لاتفاق الشاهدين عليها فكذلك هنا وان شهد له شاهدان بالوكالة والوكيل لا يدري انه وكله أو لم يكله غير أنه قال اخبرني الشهود أنه وكلني بذلك فأنا اطلبها فهو جازر لأن بخبر الشاهدين يثبت العلم للقاضى بالوكالة حتى يقضى بها فكذلك يثبت العلم للوكيل حتى يطلبها بل أولى لأن دعوى الوكيل غير ملزمة وقضاء القاضى ملزم وهو نظير الوارث اذا أخبره الشاهدان بحق لمورثه على فلان جاز له أن يدعى ذلك ليشهدا له وان شهدا على وكالته في شيء معروف والوكيل يجمع الوكالة ويقول لم يوكلني فان كان الوكيل هو الطالب فليس له ان يأخذ بتلك الوكالة لانه أ كذب شهوده حين جمع الوكالة وا كذاب المدعى شهوده يبطل شهادتهم له بخلاف الاول فانه هناك ما أ كذب شهوده بقوله لا أدري أو وكلني أم لا ولكنه احتاط لنفسه وبين انه ليس عنده علم اليقين بوكالته وانما يمتنع خبر الشاهدين اياه بذلك وذلك يوجب العلم من حيث الظاهر فان كان الوكيل هو المطلوب فان شهدا انه قبل الوكالة لزمته الوكالة لأن

توكيل المطلوب بعد قبول الوكالة مجبر على جواب الخصم دفعا للضرر عن الطالب فانا لو لم نجبره على ذلك وقد غاب المطلوب تضرر المدعي بتمذرات اثبات حقه عليه فانما شهدا عليه بما هو ملزم اياه فقبلت الشهادة وان يشهد على قبوله وله ان يقبل وله ان يرد لان الثابت من التوكيل بالبينة كالثابت بالمأينة ولو عاين توكيل المطلوب اياه كان هو بالخيار ان شاء رد لان احدا لا يقدر على ان يلزم غيره شيئا بدون رضاه فكذلك هنا ولو لم نجبره على الجواب هنا لا يلحق المدعي ضرر من جهة الوكيل وانما يلحقه الضرر بترك النظر لنفسه فاما بعد القبول فلو لم نجبره على الجواب تضرر الطالب بمعنى من جهة الوكيل لانه انما ترك الطالب اعتمادا على قبول الوكيل الوكالة وتجاوز شهادة الذميين على توكيل المسلم مسلما أو ذميا بقبض دينه من مسلم أو ذمي لان في هذه البينة معنى الالتزام على المسلم فان الوكالة متى ثبتت استفاد المطلوب البراءة من حقه بدفع الدين الى الوكيل وكان المقبوض امانة في يد الوكيل اذا هلك ضاع حق المسلم وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة في الزام شيء على المسلم وان كان الطالب ذميا والوكيل مسلما والمطلوب ذميا جازت شهادتهما لان الالتزام في هذه الشهادة على الذمي فانها تلزم المطلوب دفع المال وهو ذمي ويبرأ بهذا الدفع عن حق الطالب وهو ذمي وشهادة أهل الذمة حجة على الذمي وان كان المطلوب مسلما فان كان منكرا للوكالة لم تجز شهادتهما لان فيها الزام قضاء الدين على المسلم المطلوب فيجبر على دفع المال الى الوكيل متى ثبتت الوكالة وشهادة أهل الذمة لا تصلح للزام على المسلم فان كان المطلوب مقرا بالدين والوكالة جازت شهادتهما لان معنى الالتزام فيها على الطالب فاما الالتزام على الطالب فقد ثبت باتقراره بالدين والوكالة (ألا ترى) أن هذه البينة وان لم تقم كان هو مجبرا على دفع المال الى الوكيل وانما تثبت بهذه البينة براءته عن حق الطالب بالدفع الى الوكيل والطالب ذمي واذا كان المطلوب غائبا فادعى الطالب في داره دعوى وتقاها المطلوب فشهدا بنا بالمطلوب أنه قد وكل هذا الوكيل بخصوصته في هذه الدار والوكيل يجحد ذلك فهو باطل لانهما يشهدان لأبيهما فانهما يثبتان بشهادتهما ثابا عن أبيهما ليخاصم الطالب ويتم البينة حجة للدفع فيقر به ملك أبيهما وشهادة الولد لا تقبل لاييه قال وكذلك لو كان الطالب يجحد الوكالة لان الوكيل ان كان جاحدا للوكالة فليس هنا من بدعيها وبدون الدعوى لا تقبل الشهادة على الوكالة وان كان الوكيل مدعيا للوكالة فالطالب لا يكون مجبرا على الدعوى وان كان هذا الرجل وكيلا كما لا يجبر على الدعوى

عند حضرة المطلوب مع ان الابنين نصبا نائباً عن أبيهما ليثبتا حجة الدفع لآيهما على الطالب ولو أن رجلاً كان له على رجل مال فغاب الطالب ودفع المطلوب المال الى رجل ادعى انه وكيل الطالب في قبضه فقبضه ثم قدم الطالب فجحد ذلك فشهد للمطلوب ابنا الطالب بالوكالة جازت الشهادة لآيهما يشهدان على أبيهما فان هذه الشهادة لو انعدمت كان للطالب أن يرجع في حقه على المطلوب اذا حاف انه لم يوكل الوكيل وعند قبول هذه الشهادة يبطن حقه في الرجوع على المطلوب ويستفيد المطلوب البراءة بما دفع الى الوكيل فظهر أنهما يشهدان على أبيهما وشهادة الواحد على والده مقبولة ولو وكل رجل رجلاً بقبض دين له على رجل وغاب فشهد على ذلك ابنا الطالب والمطلوب يجمد الوكالة لم تجز الشهادة لآيهما ينصبان نائباً عن أبيهما ليطالب المطلوب بالدين ويستوفيه فيتمين به حق أبيهما فكانا شاهدين له وان أقر بها المخلوب وادعاهما أحدهما جازت لان المطلوب باقراره بالوكالة صار مجبراً على دفع المال الى الوكيل بدون هذه الشهادة فهذه الشهادة تقوم على الطالب في إثبات البراءة للمطلوب عن حقه بالدفع الى الوكيل وشهادة الابنين على أبيهما مقبولة وان كان في يديه فشهد ابنا الطالب أن أباهما وكل هذا بالخصومة فيها وجحد ذلك المطلوب أو أقر لم تجز الشهادة أما اذا جحد فلما يبناء في الفصل الاول وأما اذا أقر به فلانه بهذا الاقرار لم يصح مجبراً على الدفع الى الوكيل ولا على جوابه ان خاصمه (ألا ترى) أن اللينة لو لم تقم هنا لم يكن الوكيل مجبراً بشهادتهما على شيء وان أقر بوكالته فأنما يصير مجبراً بشهادتهما وهو بذلك يصير نائباً لآيهما ملزماً على الغير فلا تقبل شهادتهما فيه (وأصل هذه المسئلة) أن من جاء الى المدينون وقال أنا وكيل صاحب الدين في قبض الدين منك فصدقه فانه مجبر على دفع المال اليه ولو جاء الى المودع وقال أنا وكيل صاحب الوديعة في قبض الوديعة منك فصدقه فانه لا يجبر على الدفع اليه لان المدينون انما يقضى الدين بملك نفسه فهو بالتصديق يثبت له حق القبض في ملكه واقراره في ملك نفسه ملزم فاما في الوديعة فهو بالتصديق يقر بحق القبض له في ملك الغير وقوله ليس ملزم في حق الغير وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله أن المودع اذا صدق مسدعي الوكالة فيها يجبر على دفعها الى الوكيل لان باقرار الوكيل يكون أولى بما ساء كما منه واليد حقه فاقراره بها لغيره يكون ملزماً ولانه يقر أنه يصير ضامناً بالامتناع من الدفع الى الوكيل بعد طلبه واقراره بسبب الضمان على نفسه مثبت اياه ولا يثبت ذلك الضمان

الا بثبوت الوكالة فاجبر على الدفع اليه ولو كان مسلم في يده دارا دعى ذمى فيها دعوى ووكل
وكيلا بشهادة أهل الذمة لم تجز شهادتهم على الوكالة سواء أقر المسلم بالوكالة أو أنكرها أما إذا
أنكرها فلان في هذه الشهادة الزام الجواب على المسلم عند دعوى الوكيل وأما إذا أقر بها
فلان إقراره بالوكالة لا يلزمه الجواب هنا لما بينا أن إقراره لحق الغير فانه يلزمه ذلك بشهادة
الشهود وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة على المسلم وان كان ذلك في دين وهو مقر به
وبالوكالة أجبرته على دفعه الى الوكيل لانه ليس في هذه الشهادة الزام شيء على المسلم وصار
مجبرا بإقراره على دفع الدين الى الوكيل قال وليس هذا كوكالة بالخصومة يريد به ان بإقرار
المطلوب يكون هذا وكيل الطالب بالخصومة ولا يلزمه الجواب لان إقراره يتناول حق الغير
فهو بمنزلة إقراره بالوكالة بقبض المدين بخلاف إقراره بالوكالة بقبض الدين وإذا شهد الشاهدان
فشهد أحدهما أن فلانا وكل فلانا بقبض الدين الذي على فلان وشهد الآخر أنه أمره بأخذه
منه أو أرسله ليأخذه فان كان المطلوب قرا بالدين فله أن يأخذه لان الشاهدين اتفقا على ثبوت
حق القبض له فان الرسول والمأمور به له حق القبض عند إقرار المطلوب بالدين كوكيل
وان جحد المطلوب الدين لم يكن هذا خصما له أما عندهما فظاهر فان الوكيل بقبض الدين
لا يملك الخصومة عندهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أيضا وأما على ظاهر
الرواية فالوكيل يملك الخصومة دون الرسول والمأمور بالقبض كالرسول فانما الشاهد له لحق
الخصومة واحد وبشهادة الواحد لا يثبت شيء وان شهدا جميعا انه وكله بقبضه - فينثذ يكون
خصما في إثبات الدين اذا جحد المطلوب ذلك باتفاق الشاهدين على ما ثبت له حق الخصومة
عند أبي حنيفة رحمه الله ولو وكله بتقاضي دين له بشهود ثم غاب فشهد ابنان للطالب ان أباهما
قد عزله عن الوكالة وادعى المطلوب شهادتهما جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما
للمطلوب فان العزل اذا ثبت لم يكن المطلوب مجبرا على الدفع الى الوكيل وشهادتهما على أبيهما
مقبولة وان لم ندع شهادتهما أجبر على دفع المال الى الوكيل لان الوكالة ظاهرة فجوده
للعزل إقرار بثبوت حق القبض له في ماله وذلك صحيح (وبهذه المسئلة) يتبين أن الوكيل
بالتقاضي له أن يقبض كالوكيل بالخصومة بخلاف ما ظنه بعض أصحابنا رحمهم الله حيث
جعلوا الوكيل بالتقاضي حجة لغيره رحمه الله في الخلافية وتكلفوا للفرق بينهما وكذلك
شهادة الاجنبيين في هذا فان جاء الطالب بمد دفع المال فقال قد كنت أخرجته من الوكالة

فأنا أحسن المطلوب لأن دفعه إليه باقراره فان كان الشاهد على المنزل أمين الطالب لم يكن له أن يضمن المطلوب شيئاً لأن شهادتهما الآن لا يبيها على المطلوب فان أصل الوكالة ثابت وذلك يوجب براءة المطلوب بالدفع الى الوكيل ما لم يثبت المنزل فلماذا لا تقبل الشهادة وان كان الشاهدان على المنزل أجنبيين فقد ثبت المنزل بشهادتهما وكان للطالب أن يرجع بماله على المطلوب اذا شهدا أن الوكيل علم بالمنزل وان شهد الابن قبل قدوم أبيهما ان أباهما قد أخرج هذا من الوكالة ووكّل هذا الآخر بقبض المال وان أقر المطلوب بذلك دفعه الى الآخر لا قراره بثبوت حق القبض له في ملكه لا بشهادة الابن بالوكالة له وان جحد دفعه الى الاول لأن وكالته ثابتة ولم يثبت المنزل بشهادتهما حين أنكره المطلوب فكان مجبراً على دفع المال اليه فان كان الطالب ذمياً فشهد مسلمان أنه وكل هذا المسلم بقبض دينه على هذا والمطلوب مفر وشهد الذميان أنه عزله عن الوكالة ووكّل هذا الآخر لم يجز على الوكيل الاول لأن حق القبض ثابت له بظهور وكالته وهو مسلم فشهادة الذميين عليه باطل حقه لا تكون مقبولة ولو كان الوكيل الاول ذمياً جازت عليه لأن شهادة أهل الذمة في ابطال حقه حجة عليه واذا شهد ابن الوكيل أن الطالب أخرج أباهما عن الوكالة ووكّل هذا الآخر بقبض المال فهو جائز لانهما يشهدان على أبيهما في ابطال حق القبض الثابت له ويشهدان للآخر بثبوت حق القبض له وليس بينه وبينهما سبب التهمة ولو كان الشاهدان أميين الوكيل لم يجز شهادتهما على الوكالة لابيها لانهما يشهدان بثبوت حق القبض له ويجوز على اخراج الاول لانهما يشهدان عليه بالمنزل وبطلان حقه في القبض واذا شهد أنه جعله وكيلاً في الخصومة في الدين الذي على فلان وشهد الآخر أنه وكله بقبضه قبلت شهادتهما في قول أبي حنيفة رحمه الله في الخصومة والقبض جميعاً وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تقبل في القبض اذا أقر المطلوب بالدين ولا تقبل في الخصومة اذا جحد المطلوب الدين وفي قول زفر رحمه الله لا تقبل في واحد منهما وهذا بناء على ما سبق أن الوكيل بالخصومة يملك القبض عندنا والوكيل بالقبض يملك الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله فقد اتفق الشاهدان على الحكمين معنى وانما اختلفا في العبارة وذلك لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد أحدهما بالتخلي والآخر بالهبة وعندهما الوكيل بالقبض لا يملك الخصومة فقد اتفق الشاهدان على ثبوت حق القبض له فاما الشاهد بحق الخصومة لأحدهما فيثبت فيما اتفقا عليه دون ما انفرد به أحدهما وعند زفر رحمه الله الوكيل

بالخصومة لا يملك القبض والوكيل بالقبض لا يملك الخصومة والشاهد أثبت أحد الامرين
ولا تتم الحجة بشهادة الواحد وان شهد أحدهما انه وكله يبيع هذا العبد وشهد الآخر انه
وكله بالبيع وقال لا تبع حتى تستأمرني فباع الوكيل العبد فهو جائز في القياس وقول الآخر
حتى تستأمرني باطل لانهما اتفقا على الوكالة بالبيع وانفرد أحدهما بزيادة لفظ وهو قوله
لا تبع حتى تستأمرني فكان قياس ما لو شهد أحدهما بالعزل وقد بينا هناك انه يثبت ما اتفقا
عليه من الوكالة ولا يثبت ما انفرد به أحدهما وهو العزل فهذا مثله فقد أشار الى القياس
ولم يذكر الاستحسان وقيل جواب الاستحسان انه لا يتغى بشئ لانه في قوله لا تبع حتى
تستأمرني يفسد الوكالة فانما شهد أحدهما بوكالة مطلقة والآخر بوكالة مقيدة والمقيد غير المطلق
فلم يثبت واحد منهما بخلاف العزل فانه رفع للوكالة لا يفسد لها ولو قال احد الشاهدين وكل
هذا بالبيع وقال الآخر وكل هذا وهذا لم يكن لهما ولا لاحدهما ان يبيع لان الشاهد
بوكالة الثاني واحد ولا تثبت وكالته بشهادة الواحد والشاهد بثبوت حق التفرد للأول
بالبيع واحد وهو الذي شهد بوكالته خاصة فان الآخر شهد بوكالة الاثنين وليس لأحد
الوكيلين ان ينفرد بالبيع فلهذا لم يكن لاحدهما ان يبيع فان قيل اذا اجتمعا على البيع كان
ينبغي أن ينفذ اتفاق الشاهدين على تفوذه عند مباشرتهما ولا اعتبار بمباشرة الثاني لانه ليس
بوكيل من جهة صاحب العبد فان الشاهد بوكالته واحد وليس بوكيل من جهة الوكيل الاول
فسقط اعتبار مباشرته لنفوذ هذا البيع وكذلك هذا في قبض الدين ولو كان هذا في الوكالة
بالخصومة كان الذي اجتمعا عليه هو الخصم لانهما اتفقا على ثبوت حق التفرد له في الخصومة
فان أحد الوكيلين في الخصومة ينفرد بها ولكن اذا قضى له لا يملك القبض لان أحد الوكيلين
لا ينفرد بالقبض فليس على ثبوت حق التفرد له بالقبض الاشاهد واحد فلهذا لا يقبضه وان
شهد أحدهما انه قال أنت وكيل في قبض هذا الدين وشهد الآخر انه قال أنت حسيبي في
قبضه كان جائزا لان كل واحد من اللفظين عبارة عن الوكالة فان الحسيب نافذ الامر وذلك
يكون بالوكالة وانما اختلفا في العبارة وذلك لا يمنع قبول الشهادة وكذلك لو شهدا هكذا في
الخصومة أو قبض المين وان قال أحدهما انه قال أنت وكيل وقال الآخر انه قال أنت وصي
لا تقبل هذه الشهادة لان الوصية تكون بعد الموت وحكمها مخالف لحكم الوكالة فلم تبق
شهادة الشاهدين على شئ واحدا لان يشهد انه قال أنت وصي في حياتي فالوصية في الحياة

تكون وكالة لانه انا به في التصرف حال قيام ولايته وذلك انما يكون بالوكالة وانما الاختلاف بين الشاهدين هنا في العبارة وذلك لا يمنع قبول الشهادة وان شهد أحدهما أنه وكله بالخصومة في هذه الدار الى قاضي الكوفة وشهد الآخر أنه وكله بالخصومة في هذه الدار الى قاضي البصرة فهو جائز وهو وكيل بالخصومة لان المطلوب قضاء القاضي لا عين القاضي واقضية القضاة لا تختلف بل تكون بصفة واحدة في أي مكان كان قاضيا فقد اتفق الشاهدان على ما هو المقصود وهو الوكالة (ألا ترى) انه لو وكله بالخصومة عند القاضي فعزل أو مات فاستغني غيره كان له أن يخاصم عنده وكذلك لو تحول الخصم الى بلدة أخرى كان للوكيل أن يخاصم عند قاضيه وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه جعله وكيل بالخصومة الى فلان الفقيه وقال الآخر الى فلان الآخر فهذا باطل لان الفقيه انما يصير حاكما بتراضيهما وكل واحد منهما يشهد برضا الموكل بمحكمة إنسان على حدة فلم يثبت واحد من الأمرين وهذا لان حكم الحكم بمنزلة الصلح لانه يعتمد تراضي الخصمين وذلك ليس بمعلوم في نفسه بل يتفاوت بتفاوت عدل الحكم وميله الى أحدهما ورضاه بالتحكيم الى انسان لا يكون رضا بالحكم الى غيره وكذلك ان سمي أحدهما القاضي والآخر الفقيه لان الشاهد على التوكيل بالخصومة الى فلان الفقيه لا يملك التحكيم فرقا اختلاف المشهود به وان شهد أحدهما انه وكله بطلاق فلانة وفلانة وقال الآخر فلانة وحدها فهو وكيل في طلاق التي اجتمعا عليها لاتفاق الشاهدين على ذلك فلما في طلاق الاخرى فالشاهد بالوكالة واحد ولو شهد أحدهما انه وكله بقبض هذا الدين وشهد الآخر انه ساطه على قبضه فالتسليط على القبض توكيل وانما الاختلاف بين الشاهدين في العبارة وذلك لا يمنع قبول الشهادة وكذلك هذا في كل عقد ولو شهد رجلان على وكالة رجل بالخصومة في دار فائتبه القاضي وكلا فيهما ثم رجعا لم أضمنهما لانهما بالشهادة على الوكالة لم يتفقا على أحد شيئا وانما نصبا عن الموكل نائبا ليطالب بحقه والشاهد عند الرجوع انما يضمن ما أئلف بشهادته ثم رجوعهما غير مقبول في حق الوكيل فيضمن القاضي وكالته على حالها واذا ادعى الوكيل دعوى في دار في يدي رجل لموكله فانكر ذو اليد الوكالة والدعوى فشهد ابنا ذي اليد على الوكالة بالخصومة فهو جائز لانهما يشهدان على أبيهما فانهما يلزمانه الجواب عند دعوى الوكيل واذا شهدا رجلين على شهادتهما ثم ارتد الاصيليان ثم أسلما لم تجز شهادة الآخرين على شهادتهما لان شهادتهما عند الآخرين تبطل بارتدادهما بمنزلة شهادتهما عند القاضي

فإنهما لو شهدا عند القاضي ثم ارتدا قبل القضاء بطلت شهادتهما كذلك إذا شهدا عند الفرعين والحاصل أن بردهما لا يبطل أصل شهادتهما وإنما يبطل أدأؤهما لأن سبب أصل الشهادة مما بينهما وذلك لا ينعدم بالردة ولأن اقتران الردة بالنحمل لا يمنع صحة تحمل الشهادة فاعتراضهما لا يمنع البقاء بطريق الأولى فاما اقتران الردة بالأداء فيمنع صحة الأداء فاعتراضهما بعد الأداء قبل حصول المقصود به يكون مبطلا للأداء وإنما يجوز للفرعين أن يشهدا بأداء الاصلين عندهما وقد بطل ذلك بردهما وإن شهد الاصليان بأنفسهما بعد ما - لما جازت شهادتهما بالبقاء أصل الشهادة لهما بعد الردة وكذلك لو شهد على شهادتهما رجلا ثم فسقا لم يجزأ أدأؤهما لأن أدأؤهما عند الفرعين بمنزلة أدأؤهما عند القاضي وفسق الشاهد بن عند الأداء يمنع القاضي من العمل بشهادتهما فكذلك فسقهما هنا يمنع الفرعين من أن يشهدا على شهادتهما ولكن إنما يبطل بفسقهما أدأؤهما لا أصل شهادتهما حتى إذا تابا واصلحا ثم شهدا بذلك جاز وكذلك لو شهدا على شهادتهما بعد النوبة ذلك الشاهدان أو غيرهما جاز فإن شهد الفرعان على شهادة الفاسقين عند القاضي فردهما لهما تهمة الأولين لم يقبلها أبدا من الأولين ولا ممن يشهد على شهادتهما لأن الفرعين نقلا شهادة الاصلين الى القاضي فكأنهما حضرا بأنفسهما وشهدا والفاسق إذا شهد فرد القاضي شهادته تأبى ذلك الرد ولأن الفسق لا يعدم الأهلية للشهادة فالمردود كان شهادة وقد حكم القاضي ببطلانها فلا يصححها بعد ذلك أبدا وإن كان الاصليان عدلين فرد القاضي الشهادة لفسق الفرعين ثم حضر الاصليان وشهدا قبل القاضي شهادتهما لأن القاضي إنما أبطل هنا نقل الفرعين لفسق فيهما وما أبطل المنقول وهو شهادة الاصلين لأن إبطال الفسق المنقول لا يكون إلا بعد ثبوته في مجلسه ولم يثبت ذلك إلا بنقل الفاسق بخلاف الأول فإن النقل هناك قد ثبت بمقالة الفرعين وإنما يبطل القاضي المنقول وهو شهادة الاصلين فلا يقبلها بعد ذلك وكذلك أن شهد شاهدان على شهادة عبيدين أو كافرين على مسلم فرد القاضي ذلك ثم عتق العبدان أو أسلم الكافران فشهدا بذلك جاز لأنهما لو شهدا عند القاضي بأنفسهما فرد القاضي شهادتهما ثم أعادا بعد التتق والاسلام قبل ذلك منهما لما ان المرود لم يكن شهادة فإن الله يبد ليس من أهل الشهادة وكذلك الكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم فلم يحكم القاضي ببطلان ما هو شهادة هنا فله أن يقبلها بعد ذلك بخلاف الفاسقين فإذا ثبت هذا الحكم عند أدأؤهما فكذلك عند أدأؤ الفرعين ولا تجوز شهادة أهل الحرب بعضهم على

بعض في دار الحرب لان حال الحرقى في دار الحرب كحال الارقاء أو دون ذلك لانه لا يملك دفع ملك الغير عن نفسه بالاستيلاء فلا شهادة لهم ولا يجوز لقاضي المسلمين أن يعمل بذلك ان كتب به اليه ملكهم اما لانه ليس بحجة أو لان ملكهم بمنزلة الواحد منهم فلا يكون كتابه حجة عند القاضي انما الحجة كتاب القاضي الى القاضي وقاضيهم ليس بقاض في حق قاضي المسلمين ولا في دار الاسلام فلهذا لا يلتفت الى كتابه والله أعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي في الوكالة

(قال رحمه الله) واذا وكل الرجل بالخصومة في دار له يقبضها والدار في مصر سوى مصر الذي هو فيه فأراد أن يأخذ كتاب القاضي بالوكالة فذلك جائز لان الوكالة تثبت مع الشهادة فيجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي والقياس بأبي كون كتاب القاضي الى القاضي حجة لان القاضي الكاتب لا ولاية له على الخصم الذي هو في غير بلده وكتاباه لا يكون حجة عليه ولان الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم والكتاب قد يقتل ولكننا تركنا القياس لحديث على رضي الله عنه وكرم الله وجهه فان فيه كتاب القاضي الى القاضي ولان بالناس حاجة ماسة الى ذلك لانه قد يعمد عليه الجمع بين الخصم وبين شهوده في مجلس القضاء وربما لا يعرف عدالة شهوده في مصر الذي فيه الخصم لو شهد على شهادتهم فيل كتاب القاضي الى القاضي لينقل شهوده كتابه الى مجلس قاضي البلد الذي فيه الخصم ويثبت عدالتهم في كتابه فلاجل الحاجة جوزنا ذلك بشرط ان محتاط فيه ثم بين صفة الكتاب فقال ينبغي للقاضي ان يسأله البيعة انه فلان بن فلان الفلاني بيمينه وهذا اذا لم يعرفه القاضي باسمه ونسبه فان كان ذلك معلوما له فلم القاضي فيه أبلغ من البيعة فلا يسأله البيعة على ذلك ولكن يذكر في كتابه وقد أثبتته معرفة واذا كان لا يعرف اسمه ويشتهر فلا بد من أن يسأله البيعة على ذلك لانه يحتاج في كتابه الى أن يعرفه عند القاضي المكتوب اليه وتعرف الغائب انما يكون بالاسم والنسب فلم يثبت ذلك عنده لا يمكنه ان يعرفه في كتابه واذا أثبت ذلك الشهود عنده وزكوا كتب له وسماء وينسبه الى أبيه وبيئته قالوا وتام التعريف ان يذكر اسم أبيه واسم جده وان ذكر قبيلته مع ذلك فهو أبلغ وان ترك ذلك لم يضره ويذكر في كتابه انه قد أقام عنده البيعة بذلك وزكوا شهوده في السر والعلانية وان شاء سمي الشهود وان شاء

ترك ذكرهم وقال اعرف وجهه واسمه ونسبه لان تعريفه عند القاضى المكتوب اليه كتاب القاضى لا شهوده عند القاضى الكاتب فيجوز ان يترك ذكرهم ثم يكتب وذكر ان دارا في البصرة في بنى فلان ويذكر حدودها له وانه قد وكل في الخصومة فيها وقبضها فلانا بن فلان فان كان الوكيل حاضرا عند الكاتب جلاه مع ذلك في الكتاب ليكون أبلغ وان ترك ذلك لم يضره ثم يختم الكتاب ليؤمن بالختم من التغير والزيادة والنقصان فيه ويشهد على ختمه شاهدين واذا قدم الوكيل كتابه سأل القاضى البينة على الكتاب والخاتم وما فيه لانه يوم ان هذا كتاب القاضى اليه وهو لا يعرف حقيقة ذلك وما غاب عن القاضى علمه فطريق اثباته عنده شهادة شاهدين وعلم الشاهدين بما في الكتاب شرط عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله (وهى مسئلة أدب القاضى) فان شهدوا بذلك فزكوا سأل الوكيل البينة انه فلان بن فلان بيمينه وهذا اذا كان المكتوب اليه لا يعرف الوكيل باسمه ونسبه فاذا كان يعرفه فلا حاجة الى اقامة البينة عليه وان كان لا يعرفه يقول للوكيل قد علمت بهذا الكتاب ان الوكيل فلان بن فلان ولكن لا ادري انك ذلك الرجل أم لا فيحتاج الى اقامة البينة على اسمه ونسبه لهذا فاذا أقام البينة وزكوا ادعى بحجة صاحبه في الدار لانه قائم مقام الموكل ولو حضر الموكل بنفسه طالبه بالحجة على ما يدعى من الحق في الدار فكذلك اذا حضر وكيله وان سأل القاضى الوكيل البينة ان فلان بن فلان بيمينه قبل ان يسأله البينة على الكتاب فذلك صواب وأحسن لانه لا بد في اقامة البينة على الكتاب والخاتم من مدعيه والمدعى من ذكر له انه وكيل وأنا عرفت عنده بالاسم والنسب فيقيم البينة أولا على اسمه ونسبه حتى اذا ثبت انه فلان بن فلان سمع دعواه في كتاب القاضى وختمه فهذا الترتيب أحسن والاول جائز أيضا لانه ليس في أحدهما بدون صاحبه الزام شيء على الخصم فبأيهما كانت البداءة جاز ولا ينبغي للقاضى أن يفتح كتاب القاضى الا والخصم معه لانه مندوب الى أن يصون نفسه عن أسباب التهمة ولو فتح الكتاب بدون حضور الخصم ربما يتهمه الخصم بتغيير شيء منه واذا قبض الوكيل الدار لم يكن له أن يؤجرها ولا يرهنها ولا يسكنها أحدا لانه انما وكل بالخصومة فيها وقبضها وهذه التصرفات وراء ذلك فهو فيها كاجني آخر وان ادعى رجل فيها دعوى فهو خصم فيها لانه وكله بالخصومة فيها ولم يسم في الوكالة أحدا بيمينه فان كان سعى في الوكالة انسانا لم يكن له أن يخصم غيره لان التخصيص في الوكالة

صحيح اذا كان مقيدا وهذا مقيد اما لان الوكيل رضي بكونه نائبا عنه في الالبات له على فلان دون الالبات عليه لغيره أو لان الناس ينفقون في الخصومة فقد يقدر الوكيل على دفع خصومة انسان ولا يقدر على دفع خصومة غيره لكثرة هدايته في وجوه الحيل والقاضي في التوكيل لنفسه بمنزلة غيره من الرعايا لانه مالك للتصرف في حقوق نفسه فله أن يوكل غيره بذلك ولا يجوز قضاؤه بين وكيله وبين خصمه لان قضاؤه لو كيله بمنزلة قضاؤه لنفسه وهو في حق نفسه لا يكون قاضيا لان القضاء فوق ولاية الشهادة واذا كان المرء في حق نفسه لا يكون شاهدا فكذلك لا يكون قاضيا وكذلك كل من لا تجوز شهادته له من أبيه أو أمه أو زوجته أو ابنه لا يجوز قضاؤه له ولا لو كيله وكل من جازت شهادته له جاز قضاؤه له لان أقرب الاسباب الى القضاء الشهادة فان القضاء يكون بالشهادة والشهادة تصح بالقضاء فاذا جمل في حكم الشهادة من سميا بمنزلة نفسه فكذلك في حكم القضاء ولو أن رجلا وصى بثلاث ماله للقاضي وأوصى الى رجل آخر لم يحز قضاء القاضي لذلك الميت بشيء من الاثياء لان له نصيبا فيما يقضى به للميت من المال فكان قاضيا لنفسه من وجه فكما لا يقضى عنده دعوى الوصى فكذلك عند دعوى الوكيل للوصى وكذلك ان كان القاضي أحد ورثة الميت ولم يوص له بشيء لانه قاض لنفسه من وجه وكذلك ان كان الموصى له أو الوارث ابن القاضي أو امرأته لانه بمنزلة نفسه (ألا ترى) أنه لا يصلح للشهادة فيما يدعى للميت من المال فكذلك لا يصلح للقضاء وكذلك ان كان للقاضي على الميت دين لانه بهذا القضاء يمهّد محل حقه فانه اذا اثبت بقضائه تركه الميت استبداداً بدينه فكان قاضيا لنفسه من هذا الوجه ولو اختصم رجلان في شيء فوكل أحدهما ابن القاضي أو عبده أو مكاتبه لم يحز قضاء القاضي للوكيل على خصمه لان حق القبض بقضائه يثبت للوكيل فاذا كان عبده أو ابنه كان بمنزلة القضاء له ولو قضى للخصم على الوكيل جاز بمنزلة قضاؤه على ابنه أو عبده اذ لا تهمة في قضاؤه على ابنه وانما اتهمة في قضاؤه له (ألا ترى) ان شهادته على ابنه مقبولة بخلاف شهادته له واذا وكل رجلا بالخصومة ثم ولى الوكيل القضاء لم يحز قضاؤه في ذلك لانه فيما يدعيه لنفسه لا يكون قاضيا فكذلك فيما هو وكيل فيه لان حق القبض يثبت له فلو أراد أن يجعل مكانه وكيلاً آخر لم يحز أيضا لان الموكل ماضي بتوكيل غيره ولكنه لو عزل عن القضاء كانت وكالته على حالها لان نفاذ القضاء لا ينافي الوكالة وان كان يمنه من القضاء بها كالا ينافي أصل حقوقه وان كان هو ممنوعا من

القضاء بها (ألا ترى) أنه لو وكل وهو قاض كان التوكيل صحيحا وكان وكلا حتى إذا عزل كان وكلا فإذا كان اقتران القضاء بالوكالة لا يمنع نبوتها فطرياته لا يرفعها وكان بطريق الأولى وكذلك لو وكل رجل القاضى يبيع أو شراء أو قبض جاز ذلك لأنه يملك البيع والشراء لنفسه فكذلك للنير وكذلك لو وكل القاضى بالخصومة فهو على وكالته إذا عزل عن القضاء وإن قال له الموكل ما صنعت من شيء فهو جائز فوكل القاضى وكلا يخاصم إليه بذلك فالتوكيل صحيح لأن الموكل أجاز صنعه على العموم والتوكيل من صنعه ولكن لا يجوز قضاؤه للوكيل لأنه إذا كان هو الذى وكله فقضاؤه له كقضائه لنفسه من وجه (ألا ترى) أنه لا يصح أن يكون شاهدا فيما يدعيه وكيله وكذلك لو كان هذا وكيل ابنه أو بعض من هو ممن لا يجوز شهادته له قال وإذا وكل القاضى يبيع عبده وكلا فباعه نخاصم المشتري الوكيل في عيب لم يجز قضاء القاضى فيه لموكله لأنه بمنزلة قضائه لنفسه فإن ما يلحق الوكيل من المهلة يرجع به على الموكل فيندفع عنه أيضا في الحقيقة إنما يندفع عن الموكل وإن قضى به على الوكيل جاز لأن أكثر ما فيه أنه بمنزلة القضاء على نفسه ولا تهمة في ذلك فكذلك على ابنه ومن لا يجوز شهادته له ولو وكل القاضى وكلا يبيع لليتامى شيئا ثم خاصم المشتري في عينه جاز قضاء القاضى للوكيل في ذلك لأن الوكيل هنا نائب عن اليتيم لا عن القاضى حتى إذا لحقت عهدة رجع بها في مال اليتيم فلا يكون القاضى في هذا القضاء دافعا عن نفسه وإذا وكل ابن القاضى وكلا في خصومة نخاصم إلى القاضى ثم مات الموكل لم يجز له أن يقضى للوكيل به لأنه فيما يقضى به له نصيب فيه وإن قضى به قبل موت الموكل جاز لأنه ملاحق للوارث قبل موت المورث في ماله ولكن هذا إذا كان الوارث ممن تجوز شهادة القاضى له ولو وكلت امرأة القاضى وكلا بالخصومة ثم بانت منه وانقضت عدتها فقضى لوكيلها جاز وكذلك وكيل مكاتبه إذا عتق المكاتب قبل القضاء والحاصل أن المعتبر وقت القضاء لا وقت التوكيل لأن الالتزام إنما يكون بالقضاء فإذا لم يكن عند ذلك سبب ممكن للتهمة كان القضاء نافذا والا فلا وإذا كان ابن القاضى وصيا ليتيم لم يجز قضاؤه في أمر اليتيم لأن فيما يقضى به لليتيم حق القبض يثبت للوصى فإذا كان الوصى ابن القاضى كان هذا بمنزلة قضائه لابنه من وجه فهذا لا يجوز والله أعلم

باب وكالة وصى اليتيم

(قال رحمه الله) ويجوز لو وصى اليتيم أن يوكل في كل ما يجوز له أن يعمل به نفسه من أمور اليتيم وقد بينا الفرق بين الوصى والوكيل مع أنه لا فرق في الحقيقة لأن الوصى مفوض إليه الأمر على الموم ولو فوض إلى الوكيل بهذه الصيغة بأن قال ما صنعت من شيء فهو جائز كان له أن يوكل غيره فكذلك الوصى فإن بلغ اليتيم قبل أن يصنع الوكيل ذلك لم يحز له أن يفعله لأن حق التصرف للوكيل باعتبار حق التصرف للوصى ويلوع اليتيم عن عقل النزل الوصى حتى لا يملك التصرف فكذلك وكيله ولأن استدامة الوكالة بمدة بلوغ اليتيم كأنشائها ولو وكله الوصى بعد بلوغ اليتيم لم يحز فكذلك لا تبقى وكالته وإذا وكل اليتيم بشيء من أموره وكلا لم يحز إلا بإجازة وصيه كما لو باشر ذلك التصرف بنفسه لا يجوز إلا بإجازة وصيه فإن كان لليتيم وصيان فوكل كل واحد منهما رجلا على حدة بشيء مما ذكرنا قام وكيل كل واحد منهما مقامه وجاز له ما يجوز له لأن بالتوكيل أقامه مقام نفسه وهو في حق نفسه مستبد بالتصرف فيقوم كل واحد من الوكيلين مقام موكله ثم إن الخلاف معروف في أن أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إلا في أشياء معدودة خلافا لأبي يوسف رحمه الله فكذلك وكيل كل واحد منهما قال وإذا كان الصبي في حجر ذي رحم محرم يموله وليس بوصى له لم يحز عليه بيع ولا شراء ولا خصومة ولا غير ذلك لأن نفوذ هذه التصرفات يعتمد الولاية ولا ولاية له على اليتيم فلا ينفذ تصرفه فيما سوى إجارته وقبض الصدقة والطبقه استحسانا أما إجارة نفسه في القياس لا يجوز لأنها تمقد على منافع نفسه ويلزمه بحكم ذلك العقد تسلم نفسه ولا ولاية له عليه في ذلك ولكنه استحسن فقال المقصود من هذه الإجارة أن يتعلم الصبي ما يكتسب به إذا احتاج إليه وهو منفعة محضة له لو أراد من يموله أن يعلمه ذلك بنفسه ويستخدمه في ذلك ليتعلم جاز ذلك فكذلك له أن يسلمه إلى غيره ليعلمه ذلك من غير عوض يحصل له فإذا أجره لذلك لحصل له عوض بأزاء منافعه فكان إلى الجواز أقرب والزام التسليم بحكم هذا العقد فيه منفعة لليتيم لأنه يبقى محفوظا يبد من يحفظه وهو محتاج إلى الحافظ فاذن قبض الهبة والصدقة لا يستدعي الولاية (ألا ترى) أن القبض للصبي وله أن يقبض بنفسه إذا كانت يميل ذلك هو لأنه محض منفعة لا يشوبها

ضرر ولا معتبر بالولاية فيه (ألا ترى) أن من يموله يحفظه ويحفظ ماله من ماله فكذلك يحفظ ما يوجب له ولا يتأتى ذلك إلا ببينة وإن أجر عبده أو دابته لم يجوز لأن الاجارة نوع بيع يعتمد الولاية ولا مقصود فيه سوى أسباب المال فيكون بمنزلة بيع الرقبة قال وإذا وكل وصي الميت وكيلًا في خصومة اليتيم أو يبيع أو شراء ثم مات الوصي بطلت الوكالة لأن نفوذ تصرف الوكيل باعتبار ولاية الوصي ورأيه وقد انقطع ذلك بموته فتبطل الوكالة أيضا والله أعلم

باب الوكالة بالقيام على الدار وقبض الغلة والبيع

(قال رحمه الله) وإذا وكل وكيلًا بالقيام على داره واجارتها وقبض غلتها لم يكن له أن يبنى ولا يرم شيئا منها لأنه تصرف وراء ما أمر به وأنه إنما أمر بحفظ عينها والاعتياض عن منافعها والبناء والترميم ليسا من هذا في شيء بل هو أحداث شيء آخر فيها فلا يمكنه بدون أمر صاحبها وكذلك لا يكون وكيلًا في خصومتها لأنه مأمور بحفظها كالمودع ولا يكون المودع وكيلًا بالخصومة لمن يدعى في الوديعة حقا فكذلك هذا ولو هدم رجل منها بيتا كان وكيلًا بالخصومة في ذلك بمنزلة المودع وهذا لأن المأمر استهلك شيئا مما في يده وقد أمر بحفظه وحفظ الشيء بامساك عينه حال بقائه ولا بدل له عند استهلاك العين ولا يتوصل إلى ذلك إلا بان يخاصم المستهلك ليسترد فكان خصما في ذلك كما يكون خصما للخاصب في استرداد العين وكذلك لو أجرها من رجل فجهد ذلك الرجل الاجارة كان خصما له حتى يثبتها عليه لأنه هو الذي باشر العقد والاجارة أحد البيعين المباشرين للبيع هو الخصم في أثباته عند الحاجة وكذلك المباشر للاجارة وإن وقعت الحاجة إلى اثبات تسليم العين إليه كان الخصم له في ذلك أيضا لأنه هو الذي يسلمها وكذلك أن سكنها المستأجر وجهد الاجر فالأمر كان وجوب الاجر بدفع الوكيل وقبض الحق إليه فكان خصما في أثباته لأن الاجارة من العقود التي تتعلق بالحقوق فيها بالعقد وليس للوكيل أن يدعي شيئا من هذه الدار لنفسه لأنه أقر أنه وكيل فيها وذلك يهدم دعواه فإن بين كونه مالكا للعين وبين كونه وكيلًا فيها منافاة فإقراره بالوكالة يحمله مناقضا في دعواه الملك لنفسه وليس لهذا الوكيل أن يוכל بها غيره وكذلك الوكيل بالبيع ليس له أن يוכל غيره به الأعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى فإنه يقول لما ملك

الوكيل التصرف بنفسه بعد الموكل ملك التفويض الى غيره بالوكالة كما في حقوق نفسه ولكننا نقول الموكل وصى برأى الوكيل الاول والناس يتفاوتون في الرأي فلا يكون رضاه برأيه فيما يحتاج فيه الى الرأي رضا برأى غيره وكان هو في توكيل الغير به مباشرا غير ما أمره به الموكل ومتصرفا على خلاف ما رضى به فلا يجوز الا أن يبيع الوكيل الثاني بمحض من الوكيل الاول فحينئذ يجوز عندنا استحسانا وعند زفر رحمه الله لا يجوز كما لو باعه في حال غيبته وهذا لان حقوق العقد انما تتعلق بالمقعد والموكل انما رضى بان تتعلق الحقوق بالوكيل الاول دون الثاني ولو جاز بيع الثاني بمحض من الأول تعلقت الحقوق به دون الأول ولكنا نقول مقصود الموكل من هذا أن يكون تمام العقد برأى الوكيل الأول وان كان هو حاضرا فتمام العقد برأيه فكان مقصوده حاصل بخلاف ما اذا كان عاما والدليل عليه أنه اذا كان حاضرا يصير كأنه هو المباشر للمقد (ألا ترى) ان الاب اذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بمحضرتها يحمل كأنها هي التي باشرت العقد حتى يصلح الاب ان يكون شاهدا ولا معتبر بالمقد فانه لو باعه غيره فأجاز الوكيل جاز لان تمام العقد برأيه وان كانت حقوق العقد تتعلق بالمباشر عند الاجازة فكذلك اذا باع بمحض منه ولو كانا وكيلين في اجارة أو بيع ففعل ذلك أحدهما دون الآخر لم يحز لان الموكل رضى برأيهما ورأى أحدهما لا يكون برأيهما وهذا بخلاف الوكيلين بالخصومة لان هناك يتمذر اجتماعهما على الخصومة فيكون الموكل راضيا بخصومة كل واحد منهما على الافراد وهنا اجتماعهما في العقد يتيسر وهذا عقد يحتاج فيه الى الرأي والتدبير فلا ينفرد به أحدهما اذا رضى الموكل برأيهما وكذلك المزمة والبناء في هذا ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن له صغير لم يحز وان صرح الموكل بذلك لان الواحد في باب البيع اذا باشر المقعد من الجانبين يؤدي الى تضاد الاحكام فانه يكون مستردا مستقضا قابضا مسلما مخاصما في السبب ومخاصما وفيه من التضاد ما لا يخفى ولو باعه له من ابن له كبير أو امرأته أو واحد ممن لا يجوز شهادته له لم يحز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله بمطلق الوكالة أيضا ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الا من عبده ومكاتبه هكذا أطلق الجواب في كتاب البيوع والوكالة وفي المضاربة يقول ييمه من هؤلاء بمثل القيمة يجوز وانما الخلاف في البيوع بالنبن اللبن فن اصحابنا رحمهم الله من يقول من يقيس هناك يقيس في الوكالة أيضا ومنهم من فرق بين الوكيلين والمضارب ثم وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

انه ليس للوكيل فيما يشتري هؤلاء ملك ولا حق ملك فيبيع منهم كييعه من أجنبي آخر بخلاف العبد والمكاتب فان كسب عبده له وفي كسب مكاتبه له حق الملك فتلحقه التهمة بالبيع منهما فلا يملك ذلك كما لا يملك البيع من نفسه وأبو حنيفة رحمه الله يقول الوكيل بالبيع يوجب الحق للمشتري في ملك الغير والانسان منهم في حق ابنه وامراته فيما يوجب له ما في ملك الغير (ألا ترى) أنه لو شهد له لا تقبل شهادته وجعل بمنزلة الشاهد لنفسه أو لعبده أو مكاتبه فكذلك اذا باعه منه ثم ان كان الخلاف في البيع بالغير اليسير فكلهم أبي حنيفة رحمه الله واضح فيه لانه في حق الاجنبي انما جعل الغبن اليسير عفوا لانه ليس بينه وبين الوكيل سبب يجر اليه تهمة الميل فالظاهر انه خفي عليه ذلك فاما ما بينه وبين ابنه أو أبيه فسبب يجر تهمة الميل لنفوذ الوكالة وان اجريت على اطلاقها فتخصيصها بالتهمة (ألا ترى) أنه لا يملك البيع من هؤلاء بالنسبة الفاحش بالاتفاق واذا دخله الخصوص حمل على أحص الخصوص وهو جعل الخلاف على البيع بمثل القيمة والفرق بين المضارب والوكيل ان المضارب كالتصرف لنفسه من وجه (ألا ترى) أنه لا يجوز نهي عن التصرف بعد ماصار المال عروضا وان شريكه في الربح فلا تلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة من هؤلاء لانه انفاذ في الدين دون المالية وفي التنبين هو كالتصرف لنفسه بخلاف البيع بالنسبة فانه ايثار له في شيء من المالية وهو في ذلك نائب محض فاما الوكيل ففي المين والمالية جميعا نائب فهذا لا يجوز بيعه من هؤلاء بمثل القيمة الا أن يكون الموكل قد أجاز له في الوكالة بآب قال له بيع ممن شئت العموم فحينئذ يجوز بيعه من هؤلاء وهذه الزيادة لم يذكرها هنا لانه لما فوض الامر اليه على العموم كان ذلك بمنزلة التنصيص على البيع من هؤلاء فان اللفظ العام يكون نصافي كن ما يتناوله فهذا جاز بيعه من هؤلاء بعد هذه الزيادة الا من عبده الذي لا دين عليه لانه لانص على بيعه منه فلم يجز فان كسبه ملك هؤلاء فيبيع منه كييعه من نفسه فاما عند اطلاق الوكالة فلا يملك البيع من هؤلاء لان الامر مطلق والمطلق غير العام فلم يكن اطلاقه بمنزلة التنصيص على كل بيع يباشره فهذا لا يملك البيع من هؤلاء لتمكن سبب التهمة بينه وبينهم كما لا يبيع من مكاتبه قال واذا باع الوكيل الدار والخادم فطعن المشتري بسبب خصومته في الميب مع الوكيل حتى يردده وكذلك الخصومة في المين الى الوكيل حتى يتبضه عندنا وهو بناء على أن حقوق المقعد عندنا تنطق بالوكيل في البيع والشراء وعلى قول الشافعي رحمه الله حقوق

العقد تتعلق بالموكل وليس للوكيل من ذلك شيء، لأنه نائب في التصرف عن الموكل .
 مبر عنه فلا تتعلق حقوق العقد به كالوكيل بالنكاح ودليل الوصف أن حكم العقد وهو
 الملك يثبت للموكل دون الوكيل ولنا أن الماقد لغيره في البيع والشراء كالمأقد لنفسه لأن
 مباشرة العقد بالولاية الأصلية الثابتة له إلا أنه كان لا ينفذ تصرفه بهذه الولاية في محل هو
 مملوك للغير إلا برضا المالك به فالتوكيل لتنفيذ حكم التصرف في محل الاثبات والولاية له
 وإذا كان تصرفه بالولاية الأصلية كان عقده لنفسه ولغيره سواء فيما هو من حقوقه والدليل
 عليه أنه مستغن عن إضافة العقد إلى الموكل فإن الوكيل بشراء شيء بعينه لو لم يصف العقد
 إلى الموكل يقع للموكل بخلاف النكاح حتى إذا أضافه إلى نفسه كان العقد له دون الموكل
 ففرقنا أنه مبر عنه (توضيحه) أن الوكيل بالنكاح ليس له قبض المقود عليه والوكيل بالشراء
 له قبض السلامة وحقيقة الفرق أن كل عقد يجوز أن ينتقل موجه من شخص إلى شخص
 فالوكيل فيه كالمأقد لنفسه وكل عقد لا يجوز أن ينتقل موجه من شخص إلى شخص
 فالوكيل فيه يكون مغايرا فوجب النكاح ملك البضع وهو لا يحتمل النقل وموجب الشراء
 ملك الرقبة وهو يحتمل النقل فيجعل كان الوكيل يملكه بالشراء ثم ملكه من الموكل هذا
 على طريقة الكرخي رحمه الله حيث يقول المالك أولا فاما على طريقة أبي طاهر الدباس
 رحمه الله الملك يقع للموكل ولكن بعقده الوكيل على سبيل الخلافة عنه وملك النكاح لا يحتمل
 مثل هذه الخلافة فاما ملك المال فيحتمل (الآثرى) أن بعقد العبد الملك يقع لمولاه وبالعقد
 المورث يقع لو ارثه بعد موته فلهذا كان الوكيل فيه بمنزلة المأقد لنفسه فيما هو من حقوق
 العقد وإذا رد عليه بالغيب بغير قضاء قاض يبيع يحدث مثله أولا يحدث لزمه دون الأمر
 وقد بينا اختلاف الروايات في هذا في الإقرار أما وكيل الاجارة فله أن يقبل بدون القاضي
 وإذا قبله لم يلزمه ومن اصحابنا رحمهم الله من قال لا فرق بينهما لأن المقود عليه في الاجارة
 لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلف بأهدام الدار كان في ضمان الاجير فيكون هذا
 من البيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالغيب بغير قضاء القاضي قبل القبض وهناك يلزم الأمر
 فكذلك في الاجارة فاما في الكتاب فطل للفرق بين الفصلين وقال لأن فسخ الاجارة ليس
 باجارة ومعنى هذا أن القول بالغيب بغير قضاء القاضي في البيع يجعل بمنزلة عقد مبتدأ في
 حق غير المتعاقدين والموكل غيرهما فصار في حقه كان الوكيل اشتراها ابتداء فيلزمه دون

الآمر وفي الاجارة لا يحمل هكذا لان على أحد الطرفين الاجارة في معنى عقود متفرقة يتجسد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فبعد الرد بالميب يمتنع الانعقاد لا ان يحصل ذلك عند ابتداء بين المستأجر والوكيل وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة العقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم ثبت للضرورة ولا ضرورة الى أن يحمل الرد بالميب عقدا مبتدأ ليقام رتبة الدار فيه مقام المنفعة قال وللوكيل بالبيع أن يبيع بالنسيئة لانه أمر بالبيع مطلقا ومن اعتبر أمره في شيء بغير اطلاق جمل أمره كأمر الشرع فالامثال انما يحصل باصل البيع لا بصفة التقد والنسيئة لان ذلك قيد والمطلق غير المقيد (ألا ترى) ان التكفير لما كان بتحرير رتبة مطلقة استوى فيه الذكر والانثى والصغير والكبير وللوكيل بالبيع أن يأخذ بأمر رهنا أو كفلا لان الرهن وثيقه لجانب الاستيفاء فان موجه ثبوت يد الاستيفاء وللوكيل ان يستوفي الثمن والكفالة وثيقة لجانب اللزوم لانه يزداد به لمطلق المطالبة فانه يطالب الكفيل بمد الكفالة مع بقاء الكفالة والمطالبة على الاصيل كما كانت والمطالبة من حقوق الوكيل وله ان يحتال بالثمن ان كان قال له ما صنعت من شيء فهو جائز لان موجب الحوالة يحول الثمن من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه فان جوز بصيغة العموم نفذ هذا التصرف منه على الموكل لانه من صنعه وان لم يكن قال له هذا فلي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجوز قبول الحوالة في حق براءة المشتري ويكون الوكيل ضامنا للثمن للموكل وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز (واصل المسئلة في البراء) ان الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشتري من الثمن جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصار ضامنا للموكل قياسا وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يجوز ابرأؤه استعسانا لان الثمن في ذمة المشتري ملك للموكل فانه بدل ملكه لانه انما يملك البديل بملك الاصل فابراء الوكيل تصرف في ملك الغير على خلاف ما أمر به فلا ينفذ كالمقبض الثمن ثم وهبه من المشتري ودليل الخلاف انه يصير ضامنا عندهما وحجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان البراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل (ألا ترى) ان الموكل لا يمنعه من ذلك ولو أراد أن يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو في البراء عن لقبض مسقطا حق نفسه فيصح منه الا أن يقبضه يتعين ملك الأمر في المقبوض فاذا انسده عليه هذا الباب فابراءه صار ضامنا بمنزلة الراهن يمتنق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ما ملكه ولكنه يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه بهذا الاعتاق اذا عرفنا هذا في البراء

قلنا الحوالة ابراء المشتري بتحويل الحق الى ذمة المحال عليه فلا يجوز عند أبي يوسف رحمه الله لانه تصرف في حق الموكل بخلاف ما أمره به ويجوز عندهما ويكون الوكيل ضامنا كما لو ابراء بغير حوالة وعلى هذا لو حط البائع عن المشتري بمض الثمن بعيب أو بغير عيب فان كان قال له ما صنعت من شيء فهو جائز فهذا من صنمه فيجوز في حق الآمر وان لم يقل له فهو جائز في حق المشتري ويكون الوكيل ضامنا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يجوز في قول أبي يوسف رحمه الله اعتبارا للبعض بالكل وكذلك لو اشترى الوكيل من المشتري بالثمن متاعا أو كان الثمن دنانير فاخذ منه بهادراهم أو صالح من الثمن على متاع فذلك كله جائز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في حق الوكيل ويكون ضامنا الثمن للموكل وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز شيء مما صنع في براءة المشتري والثمن على المشتري على حاله ولو قبض من الثمن بمض واشترى ببعضه متاعا كان. وتنا فيما يقبض من الثمن بعينه كما لو قبض الكل ويكون ضامنا حصة ما اشترى به الآمر كما لو اشترى بالكل وهذا لان ثمن المشتري وجب عليه ثم صار قاضيا بالثمن دين نفسه بطريق المقاصة وان ملك المشتري قبل أن يقبضه لا يضمن المشتري ثمنه للامر لان هلاك المبيع قبل القبض انفسخ البيع من الاصل وكان سقوط الثمن عن المشتري بانفساخ السبب للمقاصة بالثمن الذي هو للآمر قال ولو وكيل بالبيع أن يبيع بقليل الثمن وكثيره وبأى جنس شاء من الاجناس للأموال في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز بيعه الا بالنقد بما يتقارب الناس في مثله وحجتهما في ذلك أن مطلق الوكالة يتقيد بالمتاد والبيع بالنقد الفاحش ليس بمعتاد فلا ينصرف التوكيل اليه بمنزلة التوكيل بالشراء ثم البيع بالمحاباة الفاحشة بيع فيه هبة ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من ثلثه وهو وكيل بالبيع دون الهبة (ألا ترى) أن الاب والوصى لا يملكان البيع بالمحاباة الفاحشة لهذا وأما البيع بالعروض فيبيع من وجه شراء من وجه وهو وكيل بمطلق البيع ومطلق البيع يكون بالنقد دون العروض (ألا ترى) ان الوكيل بالشراء لا يشتري للآمر الا بالنقد وأبو حنيفة رحمه الله يقول هو مأمور بمطلق البيع وقد أتى يبيع مطلق لان البيع اسم لمبادلة مال بمال وذلك يوجد في البيع بالعروض كما يوجد في البيع بالنقد ولكن من البيع يتضمن الشراء ولا يخرج به من ان يكون فيما مطلقا لا يضمن الشراء في جانب العروض لافي جانب المبيع وأمره كان باعتبار المبيع والمقد فيه بيع مطلق وكذلك البيع بالمحاباة فما من جزء

من البيع الا ويقابله جزء من الثمن (ألا ترى) أنه يستحق الكل بالشفعة والشفعة في الهبات لا تثبت والدليل عليه أن من حلف أن لا يبيع فباع بالمحاباة يحنث وكما يراعى العرف في الوكالات يراعى في الاثمان ثم جمل هذا بيعا مطلقا في اليمين وكذلك في الوكالة وهذا لان العرف مشترك فقد يبيع المرء الشيء للبر فيه وفي هذا لا يتأني قلة الثمن وكثرته وقديبيه للاسترباح فعند اطلاق الامر لا يرجع أحد المقصودين من غير دليل وهذا بخلاف الوكيل بالشراء لان الامر المطلق تخصصه التهمة وفي الوكيل بالشراء التهمة ممكنة لجواز أن يكون اشترى لنفسه فلما لم يجبه أخذه في يمينه أراد أن يحوله الى الأمر ولا يتمكن مثل هذه التهمة في الامر بالبيع لان أمره بالتوكيل بالشراء يلاقى ملك الغير وليس له ولاية مطلقة في ملك الغير لينظر الى اطلاق أمره وأمره في البيع يلاقى ملك نفسه وله ولاية مطلقة في ملك نفسه ولو اعتبرنا العموم في جانب الوكيل اشترى ذلك المتاع بجميع ملك الموكل ونحن نعلم أن الموكل لم يقصد ذلك فاذا تعدى العموم حمل على أخص الخصوص وفي التوكيل بالبيع لا يعد وتصرفه ما أمر يبيعه فامكن اعتبار اطلاق الامر فيه وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله في الوكيل في البيع اذا باع بمرض فان كان يساويه جاز والا فلا ووجه هذه الرواية أنه في جانب العرض مشتر فالوكيل بالشراء لا يشتري للأمر بالمحاباة الفاحشة ولم يذكر الخلاف في البيع بالنسيئة فهو دليل لابي حنيفة رحمه الله ولكن قبل هذا على قولهما اذا باعه باجل متعارف فاما باجل غير متعارف كعشرين سنة ونحو ذلك فانه لا يجوز وان الاجل المتعارف كالغبن اليسير وما ليس بمتعارف كالغبن الفاحش ولو وكله بان يعاوض عبده هذا فلانا بامته هذه فباع فلان أمته تلك من رجل جاز للوكيل أن يعاوض بها لان مقصود الموكل تحصيل الامنة لنفسه بمقابلة العبد وقد حصل مقصوده بتصرفه مع الثاني وهذا بخلاف الوكيل بالبيع من فلان فانه لا يبيع من غيره لان مقصوده هناك الثمن وانما رضى أن يكون الثمن له في ذمة من ساء ويتفاوت الناس في ملأمة الذمة فلماذا لا يجوز بيعه من غيره قال وللوكيل بالاجارة أن يؤاجر بالنقد والمكيل والموزون اذا كان معلوما موصوفا وبالمعين من الحيوانات وبالموصوف المؤجل من الثياب أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فهو ظاهر فانه بمنزلة الوكيل وهما يفرقان ويقولان بتخصيص الوكيل بالبيع بالنقد بدليل العرف ولا عرف هنا فان الارض تؤاجر بنقد (ألا ترى) انها تدفع مزارعة وهي اجارة بجزء من الخارج

ثم التخصيص في البيع لدفع الضرر عن الأمر ودفع الضرر هنا باعتبار الإطلاق لانا اذا جعلنا الوكيل مخاذما كان بمنزلة الفاسد فيكون الأجر له ولا شيء للأمر عليه فهذا اعتبرنا الأمر هنا وان وكل الوكيل قبض الأجر أو الثمن رجلا ليس في عياله فهو جائز والمستأجر والمشتري برئان لأن حق القبض للوكيل يملك مباشرة بنفسه فيملك تفويضه الى غيره ولكن الوكيل ضامن للآخران هلك المقبوض في يد وكيله قبل أن يصل الى الوكيل الاول بمنزلة ماله قبض الثمن بنفسه ثم دفعه الى رجل ليس في عياله لأن قبض وكيله كقبضه بنفسه وهو في المقبوض أمين فاذا دفعه الى من ليس في عياله صار ضامنا للأمر وكذلك لو وهبها الوكيل للمستأجر أو ابرأه منها أو أخرها عنه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصار ضامنا للأمر وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يجوز هبته ولا ابرأؤه ولم يذكر التأجيل فقيل بأن أبا يوسف رحمه الله يجوز تأجيله كما لو باع ثمن مؤجل ابتداء وهذا لانه ليس في التأجيل اسقاط الثمن بخلاف الابراء وقيل بل لا يجوز ذلك فقد ذكر في الجامع أن كل تصرف يصير الوكيل به ضامنا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا ينفذ ذلك التصرف عند أبي يوسف رحمه الله والله أعلم

باب من الوكالة بالبيع والشراء

(قال رضي الله عنه) الأصل في هذا الباب ان الوكيل متى قدر على تحصيل مقصود الموكل بما سعى له جاز التوكيل والا فلا لأن الوكالة غير مقصودة لعيها بل المقصود شيء آخر يحصل للموكل فاذا قدر على تحصيل مقصوده بما سعى له كان هذا عقدا مفيدا للمقصود فصحح والا فلا وأصل آخر ان ما ساء في الوكالة اذا كان يتناول اجناسا مختلفة لا يصح التوكيل به سواء سعى الثمن أو لم يسم لأن جهالة الجنس جهالة متفاحشة وتسمية الجنس والتمن لا يصير الجنس معلوما بها فان كل جنس فيه ما يوجد بذلك الثمن فلا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل واذا سعى الجنس اشتمل على أنواع مختلفة فان بين الثمن أو النوع جاز التوكيل والا فلا لأن بيان مقدار الثمن يصير النوع معلوما وان سعى الجنس والنوع ولم يبين الصفة جازت الوكالة سواء سعى الثمن أو لم يسم وهذا استعسان وفي القياس لا يجوز ما لم يبين الصفة وجه القياس ان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يجوز الا ببيان وصفه المقود عليه (الآتري) أنا نجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم البائع من الموكل وكان

بشر المريقسى رحمه الله يأخذ بالقياس الى أن نزل به منيف فدفع الدراهم الى انسان ليأتى له
برؤس مشوية فجعل يصفها له فمجز عن علمه بالصفة فقال له اصنع ما بذاك فذهب الرجل
واشترى الرؤس وحملها الى عياله وعاد الى بشر بعد ما أكلاها مع عياله فقال له أين ما قلت
لك عنه فقال قلت لى اصنع ما بذاك وقد بدالى ما فعلت فرجع عن قوله وأخذ بالاستحسان
ووجه الاستحسان ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه دفع ديناراً الى حكيم بن حزام
رضي الله عنه وأمره بأن يشتري له شاة للاضحية ولم يبين صفتها ثم الوكالة عقد مبنى على التوسع
والجهالة في الصفة جهالة مستدركة وذلك عفو في العقود المبينة على التوسع وهذا لان الوكالة
لا يتعلق بها اللزوم والمقصود بها الفرق بالناس وفي اشتراط بيان الوصف بمضى الحرج فسقط
اعتباره لهذا اذا عرفنا هذا فنقول رجل وكل رجلاً أن يشتري له جارية أو عبداً لم يكن لان
الذكور من بنى آدم جنس والاناث كذلك ولكن يشتمل على أنواع كالحبشى والسندى
والهندي والتركي وغير ذلك فاذا لم يبين النوع ولم يسم مقدار الثمن كانت الجهالة متفاحشة
فلا يتمكن الوكيل من تحصيله فينفرد الأمر بما سمي له وان أمره بأن يشتري له عبداً مولداً
أو حبشياً أو سندياً جاز لان النوع صار معلوماً بالتسمية وانما بقيت الجهالة في الوصف
وهي جهالة مستدركة فان الاوصاف ثلاثة الجودة والوسط والرداءة وهي متفاوت في نوع
واحد فكان الوكيل قادراً على تحصيل مقصود الأمر وكذلك ان لم يسم النوع وسمى الثمن
لان بتسمية الثمن صار النوع معلوماً فان مقدار الثمن كل نوع معلوم عند الناس فيتمكن به من
تحصيل مقصوده ولو وكله بأن يشتري له رقبة أو مملوكاً لا يجوز له الوكالة وان بين الثمن لتمكن
الجهالة في الجنس وهذا لان الذكور مع الاناث من بنى آدم جنسان مختلفان لاختلافهما في
المنافع فلا يصح التوكيل الا ببيان الجنس واذا وكله بشراء جارية وسمى جنسها ونمناها
فاشترها له عوراء أو عمياء أو مقطوعة اليدين والرجلين أو احدهما أو مقدمة فهو جائز
على الأمر في قول أبي حنيفة رحمه الله اذا اشتراها بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس فيه
وعندهما كذلك في قطع اليد والموراء فاما العمياء والمقطوعة اليدين والرجلين والمقدمة
فلا يجوز على الأمر ويكون مشترياً لنفسه وهذا بناء على ما سبق فأنهما يعتبران العرف والشراء
والعمياء والمقدمة غير متعارف بين الناس فاما الموراء فقيمة وشراء الميب متعارف توضيحه

ان العمى وقطع اليدين يفوت منفعة الجنس وذلك استهلاك حكم ولهذا لا يجوز التكبير بالرقبة العمياء فاما المورد وقطع احدى اليدين فليس باستهلاك (لا ترى) ان التكفير به يصح وأبو حنيفة رحمه الله بنى على أصله ان المطلق يجري على إطلاقه ما لم يتم دليل التقييد وقد سمي له الجارية مطلقا واسم الجارية حقيقة في العمياء ومقطوعة اليدين ولا يثبت التقييد بالعرف لان العرف مشترك فقد يشتري المرء رقبة عمياء ترهما عليها لا بتناء مرضات الله عز وجل أو قصدا الى ولائها أو الى ولاء أولادها بخلاف الرقبة في كفارة اليمين فان دليل التقييد هناك قد قام وهو ان الكفارات أجزية الافعال وهي مشروعة للزجر عن ارتكاب أسبابها ولا يحصل الزجر بالعمياء ومقطوعة اليدين وان وكله ان يشتري له جارية للخدمة أو عبدا ليسلمه الى خباز أو عمل من الاعمال فاشترى أعمى أو مقطوع اليدين لم يجز على الأمر لقيام دليل التقييد في لفظه وهو نصيصه على عمل لا يحصل ذلك من الاعمى ومقطوع اليدين وكذلك لو قال اشتر لي جارية أطوها فاشترى محرما من الأمر لم يجز على الأمر لان دليل التقييد في لفظه مختص أمره بجارية يحل له وطؤها قال واذا وكله بان يشتري له دابة لم يجز وان سمي الثمن له لان الدابة اسم لمادب على وجه الارض في الحقيقة وهي أجناس مختلفة كالخيل والبغال والحمير وقد يثنان الجهالة للجنس تمنع صحة الوكالة وأنها لا ترتفع بتسمية الثمن لان كل جنس يؤخذ بما سمي من الثمن وان قال اشتر لي حمارا ولم يسم الثمن فهو جاز لان الجنس صار معلوما بالتسمية وان بقيت الجهالة في الوصف فسبح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل لا كذلك فان الحمير أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليها قلنا هذا اختلاف الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا بان القاضي اذا أمر انسانا بان يشتري له حمارا فانه ينصرف الى ما يركبه مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الاذنين فانه لا يجوز عليه بخلاف ما اذا أمره القاضي بذلك واذا أمره أن يشتري له ثوبا لم يجز وان سمي الثمن لان الثوب يشتمل على أجناس مختلفة فبالترسية لا يصير الجنس معلوما وان قال اشتر لي ثوبا هرويا جاز على الأمر ما اشترى من ذلك الجنس وان لم يسم الثمن لان الجهالة انما بقيت في الصفة ولكن انما ينفذ على الأمر اذا اشتراه بما يتقارب الناس في مثله فان اشتراه بما لا يتقارب الناس في مثله كان مشتريا لنفسه لانه تعذر تنفيذ شرائه على الأمر لما يثنا وأمكن تنفيذه على العاقد فصار مشتريا لنفسه وان سمي ثمننا فزاد عليه شيئا لم يلزم الأمر لانه خالف ماسمي

له الى ما هو أضر عليه وكذلك ان نقص من ذلك الثمن لانه لم يحصل مقصود الأمر فان مقصوده نوب يهودى يشترى له بالثمن لا بما دونه والجيد يشترى بعشرة فاذا اشترى بمائة كان رديثا الا ان يكون وصف له صفة وسمى له ثمننا فاشترى بتلك الصفة بأقل من ذلك الثمن فيئذ يجوز على الأمر لانه حصل مقصوده حين اشتراه بتلك الصفة وخالفه الى ما هو خير له حين اشتراه بأقل من ذلك الثمن وهذا لا يمد في العرف خلافا وان دفع اليه دراهم وأمره بأن يشترى له بها طعاما فاشترى بها لحما وكهة لم يجز على الأمر استحسانا وفي القياس يجوز لان الطعام اسم لما يطعم وانما كهة واللحم مطعم الا ان جوازه على طريقة الناس انما يكون اذا فوض الأمر لرأيه على العموم في شراء الطعام فاما اذا لم يفعل ذلك فلا يصح التوكيل لان المطعم أجناس مختلفة وتسمية الثمن لا يصير الجنس معلوما فينبغي ان لا يصح التوكيل ولكنه استحسن فقال التوكيل صحيح وانما ينصرف الى الخطة ودقيقها لانه ذكر الطعام عند ذكر الشراء وذلك لا يتناول الا الخطة ودقيقها (ألا ترى) ان سوق الطعام ما يباع فيه الخطة ودقيقها وبائع الطعام في الناس من يبيع الخطة ودقيقها دون من يبيع القوا كه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالص ثم ان قلت الدراهم فله أن يشترى بها خبزا وان كثرت فليس له أن يشترى بها الخبز لان ادخاره غير ممكن انما يمكن الادخار في الخطة فمئذ كثرة الدراهم يعلم انه لم يرد الخبز الا ان يكون الرجل قد اتخذ ولية فيئذ يعلم ان مراده الخبز وان كثرت الدراهم وجعل الدقيق في احدى الروايتين بمنزلة الخبز وقال انما ينصرف القليل من الدراهم اليه لانه قل ما يدخر عادة وفي الرواية الاخرى جعل الدقيق كالخطة لان الكثير من الدراهم ينصرف اليه لانه قد يدخر الدقيق كما تدخر الخطة واذا لم يدفع اليه شيئا وقال اشترى لي خنطة فاشترى بها لم يجز على الأمر لانه لم يبين له القدر وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الأمر بما سمي له وان وكله بأن يشترى له دارا أو ثوبا ولم يسم الثمن لم يجز ذلك على الأمر لان الآلى انواع مختلفة فلا يقدر الوكيل على تحصيل الآلى بمطلق التسمية وكذلك الدور في معنى الانواع المختلفة وانما تختلف باختلاف البلدان وباختلاف الحال في البلدة وبقلة المرافق وكثرتها وبصلاح الجيران وفسادهم وبالسمة والضيق فلا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الأمر الموكل بما سمي له قال وان سمي الثمن جاز وتسمية الثمن يصير معلوما عادة

وان بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشايخنا رحمهم الله يقولون في ديارنا لا يجوز الا بيان المحلة لان الدور في كل محلة تتفاوت في القيمة وتوجد بما سمي له من الثمن الدار في كل محلة ومقصود الأمر يختلف باختلاف المحال فلهذا لا يجوز الا بتسمية المحلة قال واذا كان الصبي حرا مسلما وأبوه ذميا أو حريبا ارتد عن الذمة ولحق بدار الحرب أو مستأمنا أو مكاتباً أو عبداً لم يجوز توكيل احدهم عليه يبيع ولا شراء ولا تزويج ولا خصومة لان التوكيل بالتصرف انما يصح ممن يباشر التصرف بنفسه ومملك الأب مباشرة التصرف في حق ولده بولايته عليه والرق واختلاف الدين وتباين الدارين حقيقة وحكما مانع من ثبوت ولايته عليه فان أسلم أو عتق بعد ذلك أجز ما منع منه لان ولايته بعد الاسلام والعق تثبت مقصورة على الحال فلا يؤثر في تنفيذ تصرفه سبق ثبوت ولايته وان كان الأب مرتدا عن الاسلام لم يجوز توكيله عليه أيضا الا ان يسلم فان أسلم جاز لان تصرفه في حق نفسه يتوقف بين أن ينفذ بالاسلام أو يبطل اذا قتل على ردة فكذلك في حق عليه والولد الكبير اذا كان ذاهب العقل بمنزلة الصبي فيما ذكرنا لانه عاجز عن التصرف لانعدام عقله فكان مولى عليه كالصبي قال واذا وكل اب الصبي وكيل يبيع متاع الصبي ووارثه الأب بطلت الوكالة الا عند زفر رحمه الله فانه يقول ثبوت الوكالة باعتبار ملك الموكل لذلك التصرف وقد بقي ذلك بمد موت الصبي وازداد بتقرر ملك الأب في المحل لكننا نقول الأب في هذا التوكيل كان نائباً عن الصبي وقد انتهت هذه النيابة بموت الصبي وتوضيحه أن الأب بهذه الوكالة انما رضى بزوال ملك الصبي ورضاه بزوال ملك الصبي لا يكون رضا بزوال ملك نفسه فاذا صار الملك له بالارث بطلت الوكالة وكذلك ان مات الأب ولم يمت الصبي لان رأى الأب قد انقطع بموته وتصرف الوكيل كان باعتبار رأى الموكل ونفاذ ولايته وكذلك لو زال عقل الاب أو ارتد ولحق بدار الحرب وقضى القاضي بحاقه لان ولايته قد زالت بهذه الاسباب حتى لا يملك ابتداء التوكيل فان أسلم لم يمد الوكالة بمنزلة وكالته بالتصرف في حق نفسه وقد بينا أن بردة الموكل تبطل الوكالة على وجه لا يمد بالسلامة في رواية هذا الكتاب وكذلك في توكيله بالتصرف لولده قال واذا وكل رجل رجلين يبيع شيء أو شرائه أو تزويج امرأة بمينا أو بغير عينها أو بخلع أو بمكاتبة أو عتق على مال ففعله أحدهما لم يجوز لان هذه التصرفات يحتاج فيها الى رأى والتدبير ورضاه برأى المسمى لا يكون الا برأى الواحد ويستوي فيه أن يكون الموكل

سمى البذل أو لم يسم لان بتسمية البذل يمنع النقصان ولا تمنع الزيادة ولو حضر وليهما جميعا
ربما يزيدان في البذل فينتفع الموكل بذلك فلماذا لا ينفذ التصرف برأى أحدهما وان كان
لم يسم لهما مالا فزواجهما باكثر من مهر مثلها أو طلقا امرأته على درهم أو أعتقا العبد أو
كاتباه على درهم جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله للاصل الذي قلنا انه يعمل باطلاق الأمر
مالم يتم دليل على التقييد وهو التهمة وعندهما لا يجوز لاعتبار العرف والمادة قال ولو وكل
رجل رجلا ببيع عبيد له بالف درهم فباع أحدهما بأربعمائة فان كان ذلك القدر حصته من
الالف جاز لانه ليس في التفريق بين العبيد في البيع اضرار بالموكل فربما لا يجد مشتريا
يرغب في شرائها جملة فلما وكله بذلك مع علمه بما قلنا كان راضيا بيبعه أحدهما دون الآخر
دلالة وكذلك ان باعه باكثر من حصته وفيه زيادة منفعة للموكل وان باع أحدهما باقل من
حصته لم يجز وسوى في الكتاب بين النقصان الكثير واليسير وهو قول أبي حنيفة رحمه
الله فاما عندهما فان كان النقصان يسيرا جاز وان كانت فاحشا لم يجز لان الموكل انما
سمى الثمن بمقابلتهما جملة ولم ينص على حصة كل واحد منهما وانما طريق معرفة حصة كل
واحد منهما الحزر والظن دون اليقين وفي مثله لا يمكن التجوز عن النقصان اليسير فجعل
عقوا كما لو لم يسم الثمن للوكيل فباع بغير جاز يبيعه وأبو حنيفة رحمه الله يقول تنصيصه
على ثمنها في الوكالة يكون تنصيصا على حصة كل واحد منهم بحصته حتى انه لو وجد باحدهما
عيا رده بحصته وعند التنصيص على الثمن اذا نقص الوكيل عن ذلك القدر يصير مخالفا
سواء قل النقصان أو أكثر كما لو قال بع هذا العبد بالف درهم فباعه بالف درهم فانه
لا يجوز وان وكله بان يشتري له عبيد بالف درهم فاشترى أحدهما بستمائة فان كان ذلك
حصته من الالف أو أقل جاز وان كانت حصته أكثر من ذلك لم يجز على الأمر وصار مشتريا
لنفسه وهذا والوكيل بالبيع سواء لانه قد لا يتمكن من شرائها جملة واحدة فيكون له أن
يشتري كل واحد منهما بحصته وان وكله ببيع عبد له فباع نصفه من رجل ثم باع النصف
الآخر منه أو من غيره جاز لانه حصل مقصود الموكل بما صنع فان مقصوده أن يزول
ملكه بموض هو مال وذلك يحصل بالمقدين كما يحصل بالمقد الواحد فربما لا يجد مشتريا
يشتريه جملة فيحتاج الى تفريق المقد ليحصل مقصوده فان باع نصفه ولم يبع ما بقي لم يجز
في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وجاز في قول أبي حنيفة رحمه الله فقها يقولان بيع

النصف يضر بالموكل فيما بقي لانه يتبعض عليه الملك والشركة في الاملاك المجتمعة عيب
وأمره اياه بالبيع لا يتضمن الرضا بتعيب ملكه فلماذا لا يجوز الآن بيع ما بقي قبل الخصومة
حينئذ قد زال الضرر عنه وحصل مقصوده فيجوز وأبو حنيفة رحمه الله يقول الوكيل قائم
مقام الموكل في بيع العبد والموكل مالك لبيع البعض كما هو مالك لبيع الكل فكذلك الوكيل
لان اعتبار الجزء باطل واعتبار الكل صحيح ثم في تصرفه في هذا منفعة للموكل لانه لو باع
الكل بالثمن الذي باع به النصف جاز عند أبي حنيفة رحمه الله كما بينا فاذا باع البعض به كان
أقرب الى الجواز لانه حصل له ذلك القدر من الثمن وبقي بعض العبد على ملكه ولو وكاله بأن
يشترى له عبدا فاشترى بمضاه لم يجز على الامر الا أن يشترى ما بقي قبل الخصومة حينئذ يجوز
كله على الامر وهذا على أصلها ظاهر للتسوية بين جانب البيع والشراء وأبو حنيفة رحمه
الله يفرق فيقول الوكيل بالشراء لو اشترى بالزيادة الكثيرة لا يجوز بخلاف الوكيل بالبيع
والهمة تتمكن في جانب الوكيل بالشراء فلمله اشترى النصف لنفسه فلما علم أن الشركة عيب
أراد أن يحوله على الامر * توضيح الفرق أن صحة التوكيل بالشراء بتسمية العبد ونصف العبد
ليس بعبد فلا يصير به ممثلا أمر الامر الا أن يشترى ما بقي قبل الخصومة فلما في جانب البيع
فصحة التوكيل باعتبار ملك الموكل للغير وذلك موجود في البعض والكل ثم ذكر في النواذر
أن الوكيل اذا اشترى النصف توقف شراؤه على رضا الامر عند أبي يوسف رحمه الله حتى
لو أعتقه الوكيل عن نفسه لا يجوز ولو أعتقه الموكل عن نفسه يجوز وعند محمد رحمه الله يصير
الموكل مشترى لنفسه حق لو أعتقه جاز عتقه الا أن يشترى ما بقي حينئذ يتحول الى الامر فابو
يوسف رحمه الله يقول مقصود الموكل حصول ملك الغير له والقدر الذي حصل من جملة
مقصوده ولكنه معيب بعيب الشركة فينفذ تصرف الوكيل له ويثبت له الخيار للعيب فاذا
قدم على العتق صار مسقطا لخياره فينفذ العتق من جهته فاذا رده يصير الملك للوكيل حينئذ كما
لو وجد به عيبا فرده بشراء العبد والنصف ليس بعبد ولكنه يفرض ان يصير موافقا بشراء
ما بقي فقبل وجود هذا لموافقة كان خلافه ظاهرا وكان مشترى لنفسه فنفذ عتقه من جهته
وفرق محمد رحمه الله بين هذا وبين الوكيل بالشراء بالف اذا اشترى بالفين يتقرر شراؤه لنفسه
حتى انه وان حط البائع احد الافين لا يصير الشراء للموكل وهنا لو اشترى ما بقي قبل
الخصومة كان الشراء للموكل ووجه الفرق ان غرضه الموافقة هناك باعتبار ما لم يتناولوه عقد الوكالة

وهو حط الالف الزائد فلم يكن معتبرا وهنا غرضه الموافقة باعتبار ما تناولته الوكالة وهو شراء النصف الباقي فلهذا كان معتبرا قال ولو وكل رجلين ببيع شيء وأحدهما عبد محجور عليه أو صبي لم يجز للآخر أن يفرد ببيعه لانه مارضى برأيه وحده حتى ضم اليه رأى الآخر ولو كانا حرين فباع أحدهما والاخر حاضر فأجاز البيع كان جائزا لأن تمام العقد برأيهما (الأتري) أنه لو باع فضولي فأجازه جاز وكذلك اذا باع أحدهما وأجازه الآخر ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه لأنه مارضى برأيه وحده قال ولو وكل رجلا ببيع خادمة له فباعها ثم أقال البيع البائع فيها لزمه المال والخادم له لان الاقالة بيع مبتدأ في حق غيرهما فهو شراء مبتدأ وللموكل غيرهما فيجعل في حقها حقه كان الوكيل اشتراه ابتداء ويستوى ان كانت الوكالة قبل القبض أو بعده من عيب أو من غير عيب ولو وكل الصبي ببيع خادم فباعها جاز لأن الصبي الماقل له عبارة معتبرة شرعا حتى ينفذ تصرفه باذن الولى في ملك نفسه فكذلك ينفذ تصرفه في ملك الغير بتوكيل المالك اياه بذلك وهذا لأن اعتبار عبارته بتمحض منفعة له فيه يمتاز الآدمى من البهائم ويحصل له بهذا التصرف معنى التجربة فيصير مهتديا الى التصرفات عالما بطرق التحرز عن أسباب الغبن وذلك محض منفعة له ثم المهدة على الأمر اذا لم يكن الصبي مأذونا لان في الزام المهدة اياه ضررا والصبي يبعد عن المضار فاذا تعذر ايجاب المهدة عليه تعلق باقرب الناس اليه وهو من انتفع بهذا التصرف وهو الأمر فكانت المهدة عليه الا أن يكون الصبي مأذونا له حينئذ تلحقه المهدة لأنه بالاذن صار بمنزلة البالغ في التزام المهدة بالتصرف (الأتري) أنه فيما يتصرف لنفسه تلحقه المهدة فكذلك فيما يتصرف لغيره والعبد بمنزلة الصبي الا أنه اذا كان محجورا عليه يلزمه المهدة بعد المتق لان قول العبد ملزم في حق نفسه لكونه مخاطبا وانما لا يكون ملزما في حق المولى وقد سقط حقه بالمتق فاما قوله الصبي المحجور ليس ملزم في حق نفسه فلهذا لا تلزمه المهدة بعد البلوغ وان كان الوكيل مجنونا لا يعقل فبيعه باطل لانه ليس له قول معتبر فركن التصرف القول المعتبر شرعا وان كان يعقل البيع والشراء فهو بمنزلة الصبي على ما بيناه وان كان المأمور مرتدا جاز ببيعه لانه من أهل المبراة المعتبرة ولكن يوقف حكم المهدة عند أبي حنيفة رحمه الله فان أسلم كانت المهدة عليه والا فالمهدة على الأمر وعندهما المهدة عليه على كل حال وهو يظهر اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه يما أو شراء ولو وكل

الصبي أو العبد المحجور عليه بشراء عبد بعينه بثمان مسمى فاشترى فالتزم لازم على
الآمر دون الصبي والعبد ما لم يعتق لا الصبي المحجور لا يملك التزام الثمن في ذمته
والعبد لا يملك ذلك في حق المولى فإذا تمذر إيجاب الثمن عليهما وجب على من وقع له الملك
وهو الأمر وصار في حقه بمنزلة الرسول بالشراء فيجب الثمن على المرسل ولو كان مأذونا
لها في التجارة لزمها الثمن ورجع به على الأمر لأنها يملكان التزام الثمن في ذمتها بتصرفها
لأنفسهما فكذلك للغير بحكم الوكالة (وأورد المسئلة في كتاب الحوالة والكفالة) وقال هذا
استحسان وفي القياس لا يلزمهما الثمن لأنهما ملتزمان الثمن لمنفعة لغيرهما فكان هذا منهما
بمنزلة الكفالة وكفالة الصبي المأذون والعبد المأذون لا تصح وإن كانت بأمر المكفول عنه
ولكن استحسن فقال هذا من صنع التجار لأن التعارف بين التجار في التصرفات ظاهر
فإذا لم يتوكل هو عن الغير لا يتوكل الغير عنه في ذلك وفيما هو من صنع التجار المأذون
منفك الحجر عنه بخلاف الكفالة فإنها ليست من صنع التجار * توضيحه أن المشتري
يكون في يده فيجسسه حتى يستوفي الثمن من الأمر فلا يتضرر به بخلاف الكفالة حتى لو
وكل بالشراء لنفسه يقول لا يلزمه الثمن لأنه ليس له أن يجسب المبيع بالثمن فيكون ذلك
بمنزلة الكفالة منه . قال وإذا أذن لعبد أو لاتبنة في التجارة ثم ذهب عقله وأطبق عليه
انقطع أذنه لأن صحة تصرف المأذون برأى الأذن والجنون المطبق قد قطع رأيه فيكون
ذلك بمنزلة موته . ولو حلف بطلاق أو عتاق أو جعل أمر امرأته بيدها ثم أصابه الجنون بعد
ذلك لم يبطل ما قبل من ذلك لأن حكم ذلك التصرف قد لزمه في حال عقله وكما لا يبطل
بجنونه وهنا بالأذن في التجارة لم يلزمه شيء حتى لو كان مالكا للحجر على المأذون لبطل أذنه
بجنونه لأن صحة تصرف المأذون باعتبار أنه يتقوى رأيه برأى وليه فيكون ذلك كالبلوغ في
حقه ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله يملك التصرف بالعين الفاحش وقد انعدم ذلك المسمى
بجنون الولي فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك ولو وكل وكيلاً يبيع أو شراء ثم ذهب عقل الوكيل
واختلط ثم اشترى وباع لم يلزم الوكيل الثمن ولزم الأمر أما في نفوذ تصرفه على الأمر
فروايتان في هذه الرواية قال ينفذ لأن جنونه بهذه الصفة لو اقترن بالوكالة لمنع صحتها وإذا
طراً عليها فلا أن يمنع بقاءها كان ذلك بطريق الأولى وفي غير هذا الموضع يقول لا ينفذ
تصرفه على الأمر لأن الأمر انما رضى بتصرفه في حال كمال عقله فلا يكون ذلك منه رضا

بتصرفه بعد اختلاط عقله بخلاف ما اذا وكله ابتداء في هذه الحال لانه رضى بتصرفه مع اختلاط عقله فاذا ثبت نفوذ التصرف على هذه الرواية قلنا المهدة تكون على الامر لان اوان لزوم المهدة وقت مباشرة التصرف لا وقت التوكيل وهو ذاهب العقل فكان التوكيل وجد في هذه الحال وان كان العبد المحجور عليه وكل رجلا يشتري له شيئا فاشترى له لزم الوكيل لان العبد لا يملك الشراء لنفسه بنفسه فلا يصح توكيله به واذا لم يصح التوكيل به صار الوكيل مشترى لنفسه كما لو لم تسبق الوكالة . واذا وكل الرجلان رجلا يبيع عبدهما فباع نصفه وقال هذا نصف فلان فهو جائز لانه صار وكيلا من جهة كل واحد منهما يبيع النصفين والوكيل معير منافعه للموكل فيملك تعيين من يبيع عنه وان لم يبين عند البيع أى النصفين يبيع جاز يبيع من نصيب كل واحد منهما نصفه في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في قولهما لانه سمي النصف مطلقا عند البيع فليس صرفه الى نصيب أحدهما بأولى من صرفه الى الآخر فيدشيع في النصفين جميعا واذا شاع فيها بحكم المعارضة لم يجوز في شيء عندهما لان الوكيل يبيع النصف لا يملك بيع نصف النصف عندهما كما أن الوكيل يبيع الكل من واحد لا يملك بيع النصف وفي قول أبي حنيفة رحمه الله الوكيل يبيع العبد يملك بيع نصفه فيمكن تنفيذ بيعه هنا في نصف نصيب كل واحد منهما وان لم يختصموا في ذلك حتى باع النصف الآخر جاز كله لانه قد حصل مقصود كل واحد منهما فلا ينظر الى تفريق الصفة مع ذلك واذا باع الوكيل العبد بخمسمائة درهم فقال الامر امرتك بالف درهم أو قال امرتك بدنانير أو بخنطة أو بشمير أو باعه بنسيئة فقال الامر امرتك بالحال فالقول قول الامر لان الامر مستفاد من جهته ولو أنكر الاذن كان القول قوله مع يمينه فكذلك اذا أمر بصفته وكذلك الخلع والنكاح والمكاتبة كله على هذا واذا قال الامر للوكيل قد أخرجتك عن الوكالة فقال الوكيل لقد بعت أمس لم يصدق الوكيل لان الموكل أمر بمزل الوكيل بمحض منه وانما أقر بالبيع بعد ما صار معزولا وهو لا يملك انشاء البيع في هذه الحال فلا يصح اقراره أيضا ولو أقر الوكيل بالبيع لانسان بيمينه فقال الامر قد أخرجتك من الوكالة جاز البيع اذا ادعى ذلك المشتري لان الوكيل أقر به في حال بقاء الوكالة لانشاء العقد في هذه الحال فصح اقراره ولا يبطل ذلك بالمزل بمده واذا اتصل التصديق بالاقرار كان كالموجود يومئذ ولو وكله يبيع عبده فباعه من نفسه لم يجوز لان يبيع العبد من نفسه احتاق

والاعتاق غير البيع فانه ابطال للملك والبيع ناقل أو موجب للملك للغير أو لان العتق
يجب الوكالة للموكل وهو لم يرض بذلك وليس للوكيل ان يلزمه الولاء بغير رضاه ولو
باعه من قريب العبد جاز لان هذا بيع مطلق ثم العتق يذنبى عليه ثبوت الملك للقريب بالشراء
فلا يخرج به البيع من أن يكون مطلقا في حق البائع (ألا ترى) انه لا يملك الرجوع عن
الايجاب هنا قبل قبول المشتري بخلاف بيع العبد من نفسه ولانه لا يلزم الموكل هنا ولا
وانما يلزم ولاؤه للمشتري وان وكله ان يبيعه وأمره أن يشهد على يبيعه فباعه ولم يشهد فهو
جائز لانه أمره بالبيع مطلقا وأمره بالاشهاد كان معطوفا على الامر بالبيع فلا يخرج به الامر
بالبيع من أن يكون مطلقا (ألا ترى) أن الله عز وجل أمر بالاشهاد على البيع فقال تعالى
(وأشهدوا اذا تباعتم) ثم من باع ولم يشهد كان بيعه جائزا ولو وكله أن يبيعه برهن ثقة
بنسيئة فباعه بغير رهن لم يحز لان حرف الباء للاصاق والصاق البيع بالرهن لا يكون الا
بالشرط فانما أمره ببيع مقيد بشرط فاذا لم يأت بذلك الشرط كان مخالفا وكذلك لو أمره
بأن يبيعه من فلان بكفيل ثقة فباعه من غير كفيل لم يحز لانه أمره ببيع مقيد والذي
أتى به بيع مطلق والمطلق غير المقيد وفي شراء الكفيل والرهن منفعة معتبرة للموكل وهو
التوثيق بحقة فليس للوكيل ان يفوت عليه هذه المنفعة (ألا ترى) ان التوكيل بالبيع ومن أوجب
لغيره يباع بشرط رهن أو كفيل لم يكن له ان يقبل بدون ذلك الشرط فهذا مثله فان قال
الوكيل لم يأمرني بذلك فالتقول قول الآمر لما بينا ان الادب مستفاد من جهته ولو وكله ان
يبيعه من رجل سماه فباعه منه ومن آخر جاز في النصف الذي باع لذلك الرجل في قول أبي
حنيفة رحمه الله ولم يحز عندهما لانه في الذي باعه للآخر مخالف (ألا ترى) أنه لو باع
الملك من الآخر لم يحز يبيعه فاذا باع من الذي سمي له الموكل والوكيل يبيع النصف عند
أبي حنيفة رحمه الله فلهذا جاز في ذلك النصف قال واذا وكله ببيع عبد فباعه واشترط الخيار
لنفسه أو للامر فهو جائز لانه قائم مقام الموكل وكل يملك البيع بشرط الخيار واشترط
الخيار للموكل كاشترطه للاجنبي وذلك يجوز عندنا خلافا لفر رحمه الله وهي مسألة
معروفة ثم لا ضرر على الأمر في هذا الشرط بل فيه نفع له والوكيل لا يصير مخالفا بما يراد
فيه منفعة الأمر واذا قبل الوكيل العبد بغير قضاء قاض بخيار شرط أو رؤية فهو جائز على
الامر لان الرد بهذا فسخ من الاصل (ألا ترى) ان المشتري ينفرد به وكذلك لو رده

المشتري عليه بعيب قبل القبض بغير قضاء قاض فهو جائز على الأمر لأن الرد هنا فسخ من الأصل حتى ينفرد به المشتري وهذا بخلاف الاقالة قبل القبض على ماسبق بيانه لأن المشتري لا ينفرد بالاقالة فكان ذلك التصرف معتمدا التراضي فينفذ على الوكيل دون الأمر وإذا باع الوكيل العبد من أب الأمر أو ابنه أو مكاتبه أو عبده التاجر المديون جاز لأنه لا تهمة بين الوكيل وبين هؤلاء إذ ليس بينهما صلة وكان بيع الوكيل من هؤلاء كبيع الموكل بنفسه ولو باعه من عبده المأذون الذي لا دين عليه لم يحز كما لو باعه الموكل بنفسه وكذلك لو كان العبد مأذونا فباعه الوكيل من هؤلاء فهو جائز إن كان على العبد دين وإن لم يكن دين فالبيع مردود باعتبار البيع الوكيل يبيع الموكل بنفسه وهذا لأن البيع عقد شرعي فيعتبر إذا كان مفيدا ولا يعتبر إذا لم يكن مفيدا وإذا كان على العبد دين فبيعه الكسب من هؤلاء مفيد وإذا لم يكن عليه دين فلا فائدة في هذا البيع لأن المولى يتمكن من أخذ كسبه من غير بيع قال وإذا أمر الرجل رجلا ببيع عبد له ودفعه إليه فقال الوكيل قد بعته من هذا وقبضت الثمن وهلك عندي وادعى المشتري ذلك فهو جائز والوكيل مصدق فيه مع يمينه لأنه مسلط على البيع وقبض الثمن وقد أجبر بما جعل مسلطا عليه في حال قيام التسليط ولا تتمكن التهمة في جبره وهو أمين بما دفع إليه فإذا أخبر بإداء الأمانة فيه كان القول قوله مع يمينه وإن كان الأمر قد مات وقال ورثته لم نسمع وقال الوكيل قد بعته من فلان بالف درهم وقبضته وهلك عندي وصدقه المشتري فإن كان العبد قائما بيمينه لم يصدق الوكيل بالبيع لأنه أخبر به في حال لا يملك انشاءه فإنه قد يعزل بموت الأمر ولأن العبد صار ملك الوارث في الظاهر ولم يسلطه الوارث على إزالة ملكه فلا قول له في ذلك بخلافه حال حياة الأمر ولكن إن أقام المشتري البينة على الشراء في حياة الأمر كان العبد له والا فهو للورثة مع يمينهم على العلم فإذا أخذت الورثة العبد ضمن الوكيل المال للمشتري بأقراره بقبضه منه عوضا عن اليمين وقد استحق العبد من يد المشتري فكان ضامنا له ما قبض من الثمن وإن كان العبد مستهلكا فالوكيل يصدق بعد أن يحلف استحسانا وفي القياس لا يصدق لما بينا من المعنيين أنه قد انزل بموت الأمر وإن بدله وهو القيمة صار ملكا للوارث على المشتري بقبضه العبد أو باستهلاكه فلا يقبل قول الوكيل في إبطال ملكهم ووجه الاستحسان أن الوكيل بما يخبر هنا ينفي الضمان عن نفسه وهو كان آمينا في هذا العبد فيكون قوله مقبولا مع يمينه فيما ينفي

الضمان به عن نفسه بخلاف قيام العبد فانه يزيل ملكا ظاهرا للوارث في العبد وهو ليس
بأمين في ذلك فلا يقبل قوله لهذا ولو وكله ببيع أمسة له فباعها الموكل أو كاتبها أو وهبها
وسلمها فذلك نقض للوكالة لان الوكالة تعلق بملك الموكل وقد زال ملكه بالبيع والهبة والتسليم
فلا تبقى الوكالة بدون المحل وكذلك بالكتابة خرجت عن أن تكون محلا للبيع فلا تبقى الوكالة
بعد خروج المحل من أن يكون محلا للتصرف كما لا يثبت ابتداء ولو استخدمها الموكل أو
وطئها ولم تلد ولدا منه فالوكيل على وكالته لانها باقية على ملكه محل للتصرف الذي وكل
الوكيل به وكذلك لو أجرها أو رهنها الموكل فان الوكيل على وكالته لانها باقية على ملكه
محل للبيع وان كان يحتاج الى رضا المرتهن والمستأجر للزوم البيع فيهما (ألتري) أن ابتداء
التوكيل من الأمر صحيح بعد الرهن والاجارة وهذا لانه يملك بيعها بنفسه فانه لو باعها نفذ
في حقه وانما توقف لحق الغير حتى اذا سقط حق المستأجر والمرتهن كان بيعه جائزا نافذا
فكذلك توكيله ببيعها يصح في هذه الحال ويبقى صحيحا ولو باعها الوكيل أو الأمر ثم ردت
بميب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها لان الرد بالميب بقضاء القاضى فسخ من الاصل
فمادت الى قديم ملك الموكل وانتقاض الوكالة كان حكما لزوال ملك الموكل فاذا عاد ملكه
عادت الوكالة وكذلك لو كان الرد بخيار الشرط كان للبايع أو للمشتري أو بفساد البيع أو بخيار
الرؤية لان هذه الاسباب تفسخ العقد من الاصل وان قبلها الموكل بميب بغير قضاء
القاضى بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل بيعها وكذلك لو تقايلا البيع فيها لان هذا السبب
كالمقد المتبدل في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كانه الموكل
اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث أو هبة أو غيرهما بملك جديد لم يكن
للوكيل بيعها لان الوكالة تعلق بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول فلا يثبت
فيه حكم الوكالة الا بتجديد توكيل من المالك ولو وكله ببيع عبد ثم أذن له في التجارة أو
جنى عليه جنابة كان على وكالته لان المحل لم يخرج من أن يكون محلا صالحا لهذا التصرف
بما أحسنه الموكل ولم يخرج الموكل بهذا الفعل عن صحة تصرف الوكيل فبقاء الوكالة أولى واذا
باع الوكيل العبد ثم قطع يده قبل ان يقبضه المشتري فللمشتري ان يؤدى جميع الثمن
ويأخذ العبد ويتبع الوكيل بنصف القيمة ويتصدق بالفضل لان قطع اليد ليس مما اقتضته
الوكالة فكان الوكيل فيه كأجنبي آخر فان قيل أليس أن الوكيل بالبيع نزل منزلة الماقد لنفسه

ولو كان باعه لم يجب عليه القيمة بقطع يده قلنا هو في حقوق العقد ينزل منزلة العاقد لنفسه
وقطع اليد ليس من حقوق العقد في شيء فكان هو فيها كأجنبي آخر وكذلك لو كبله أو
استخدمه فأت من ذلك فله المشتري أن يضمن الوكيل القيمة وبعطيه الثمن لأن هذا الفعل
ليس مما تضمنته الوكالة وهو من حقوق عقد الوكيل فيكون الوكيل فيه كأجنبي آخر وإذا
وكل رجلا يبيع عبده هذا ووكلا آخر به أيضا فأيهما باعه جاز لأنه رضى برأى كل واحد
منهما على الأفراد حين وكله يبيعه وحده وهذا بخلاف الوصيين إذا أوصى كل واحد منهما
في عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف في أصح القولين لأن وجوب الوصية
بالموت وعند الموت صار الوصيين جملة واحدة وهنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فإذا
أفرد كل واحد منهما بالمقدار استبد كل منهما بالتصرف فإن باعه كل واحد منهما من رجل فإن
علم الأول منهما كان العبد له لأن يبيع الأول منهما حصل في حال قيام الوكالة فنفذ وصار يبيعه
كبيع الموكل بنفسه فانمزل به الوكيل الثاني وإنما باعه بمد ما انمزل فلم يصح بيعه وإن لم يعلم
الأول منهما فلكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن لأنه ليس أحدهما بنفوذ تصرفه بأولى من
الآخر ولأن المشتريين قد استويا في استحقاق العبد للمساواة بينهما في السبب فكان العبد
بينهما نصفين ويجبر كل واحد منهما لتفريق الصنفعة عليه حيث لم يسلم له إلا نصف العبد
وقد اشتراه كله وإن كان العبد في يد أحد الوكيلين أو في يد الموكل أو في يد المشتريين فهو
سواء لأن يد الوكيل فيه كيد الموكل فلا يظهر اعتبار ترجيح لأحد المشتريين فاما إذا كان في
يد أحد المشتريين فهو له لترجيح جانبه بتأكد شرائه وتمكنه من القبض دليل سبق شرائه ولأن
بالآخر حاجة إلى استحقاق يده عليه وبشرائه من الوكيل الآخر لا يظهر عند الاستحقاق
وأما يظهر بأقامة البيئة بسبق عقده فإن أوهم لبسة على ذلك أخذه والا فلا سبيل له على العبد
وإذا وكل رجل رجلا يبيع عبده فباعه مع عبد آخر بثمن واحد فهو جائز وللآخر حصة
عبده لأنه حصل مقصود الأمر إذا لا فرق في حقه بين أن يبيعه وحده وبين أن يبيعه
مضموماً إليه عبد آخر إلا أن عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز بيعه سواء قلت حصة عبد الموكل
من الثمن المسمى أو كثرت وعندهما إنما يجوز إذا كان بحصة من الثمن قدر قيمته أو أقل بما
يتغابن الناس في مثله بمنزلة مالو باعه وحده ولو كان قال له ببع عبدي هذا بخمسة فباعه مع
عبد آخر بالف درهم لا يجوز بيعه في عبد الموكل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز إذا

كانت حصة عبد الموكل من المسمى خمسمائة أو أكثر لأنه حصل مقصود الأمر بتصرفه ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول أمره بالبيع بثلثين مقطوع على مقداره يتيقن ولم يأت بذلك لأن انقسام الثمن على العبدین باعتبار القيمة وطريق معرفة ذلك الحزر والظن فكان هذا غير التصرف المأمور به فهذا لا ينفذ ولو وكله بشراء عبد بعينه فإن لم يسم له الثمن فاشتراه مع عبد آخر جاز إذا كان حصة المشتري للأمر مثل قيمته أو أكثر بما يتباين الناس فيه وإن كان سمي له خمسمائة فاشتراه مع عبد آخر بالف لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله على الأمر ويجوز في قولهما إذا كان حصة المشتري للأمر من الثمن خمسمائة أو أقل ولو كان الأمر الموكل حين أمره ببيع عبده قال له هو يقوم على بمائتي درهم فضم الوكيل عبداً آخر معه يقوم عليه بمائتي درهم فباعهما مائة على ثلثمائة درهم فوجاز والثلث بينهما على رأس المال لأن بيع المراجعة يبيع بالثلث الأول وزيادة مضمومة إليه رجحاً فكان هو مسمياً بمقابلة عبد الأمر مانص عليه وزيادة فهذا نفذ يمينه وكان الثمن بينهما اثلاثاً وإذا باع الوكيل العبد يميناً فاسداً فهلك عند المشتري فعليه قيمته كما لو باعه الموكل بنفسه يميناً فاسداً وهذا لأن الضمان الأصلي في المبيع هو ضمان القيمة وإنما يتحول إلى المسمى عند صحة التسمية ولم تصح التسمية للفساد فيبقى مضموناً بالقيمة والوكيل لا يصير ضامناً شيئاً لأنه لم يخالف وإنما يضمن هو بالخلاف بالفساد وهذا لأن أسباب الفساد قلما يمكن التحرز عنها عادة والناس كلهم لا يكونون كابي حنيفة رحمه الله في معرفة الأسباب المفسدة للبيع فلو قلنا يضمن الوكيل بالفساد لتحرز الناس عن قبول الوكالة وفيه قطع هذا الرفق عن الناس فلا يجوز القول به والوكيل هو الذي يقبض القيمة من المشتري لأنه وجب بمقده والفاقد من العقد معتبر بالصحيح فإذا كان عقد القبض للوكيل فيما يجب بالعقد الصحيح فكذلك فيما يجب بالعقد الفاسد فيقبض القيمة ويدفعها إلى الموكل وليس للموكل أن يطالب المشتري بها إلا أن يوكله الوكيل بذلك في البيع الفاسد والصحيح جميعاً وإن دفعه المشتري إلى الأمر برئ استعساناً وفي القياس لا يبرأ لأن الأمر في حقوق العقد كاجنبى آخر فقبضه لا يوجب براءة المشتري ولكنه استحسن فقال الوكيل يعمل به في القبض فليس في قبضه بنفسه تفويت شيء على الوكيل بل فيه إسقاط فوته بالقبض والدفع عنه «توضيحه أنه لو لم يبرئ المشتري كان له أن يسترده من الموكل ولا فائدة في نقض قبضه لحاجتنا إلى إعادته في الحال فإنه لو نقض قبض الوكيل ودفعه إلى

الآمر لكان هذا اشتغالا بما لا يفيد وان كتب الوكيل الصك باسم رب العبد فليس له ان يطالب المشتري الا ان يوكله الوكيل بذلك لان كتبه الصك باسمه اقرار بأن الثمن ملك له واقراره بذلك نصا لا ينافي كون القبض حقا للوكيل ولا يتضمن توكيل الوكيل اياه بالقبض فلهذا لا يكون له ان يقبضه واذا قال الرجل للرجل بع عبدى هذا وهذا أو بع أحدهما فأيهما باع جاز وهذا استحسان وفي القياس التوكيل بالبيع ممتنع فإيجاب البيع في أحدهما بغير عينة لا يصح فكذلك التوكيل به ولكنه استحسن فقال مبنى الوكالة على التوسع لانه لا يتعلق اللزوم بنفسها لان هذه جهالة مستدركة لا تقضى الى المنازعة فلا يمنع صحة التوكيل * توضيحه ان الموكل قد يحتاج الى هذا لانه لا يدري أى العبدين يروج فيوكله ببيع أحدهما توسعة للأمر عليه وتحصيلا لمقصود نفسه في الثمن واذا باع الوكيل العبد ثم قتله المولى بطل البيع لان الوكيل نائب عنه في البيع فكأنه بنفسه باعه ثم بقتله بطل البيع لقوات القبض المستحق بالمقد وهذا لان القيمة لم تجب عليه لانه مضمون عليه بالثمن للمشتري أن يأخذه بنصف الثمن ان شاء كما لو باعه بنفسه قال ولو وكله ببيع عدل زطى فباعه وقبضه المشتري ثم رده على البائع بخيار الرؤية فقال الأمر ليس هذا عدلى فالقول قول الوكيل مع يمينه لانه كان أمينا فيه وبعد ما رد عليه بخيار الرؤية عاد أمينا كما كان فالقول في تعيين الأمانة قوله ولو باع الوكيل منه ثوبا ولم يبع ماسواه جاز في قول أبى حنيفة رحمه الله ولم يحز عندهما ان كان يضر ذلك بالمدل بمنزلة الوكيل ببيع العبد اذا باع نصفه وقد بيناه فيما سبق ولو وكله ببيع شيء مما يكال أو يوزن فباع بمضه دون بعض جاز لان هذا مما لا يضره التبعض فلا ضرر على الموكل في بيع بمضه بخلاف الدار والعبد عندهما وضمان الوكيل ثمن ما باعه للأمر باطل لان حق القبض في الثمن للوكيل فلو صح ضمانه عن المشتري كان ضامنا لنفسه اذ لاحق للموكل على المشتري وضمان المراء لنفسه باطل ولانه أمين فيما يقبض من الثمن فيما بينه وبين الآخر فلو صحته كفالاته للأمر صار ضامنا وبين كونه أمينا وبين كونه ضامنا في الشيء الواحد منافاة وكذلك المضارب وكل مال أصله الامانة واذا أقام المشتري البينة على الوكيل انه قد أوفاه الثمن والوكيل يجهل ذلك فقد برئ المشتري من الثمن والوكيل ضامن له لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولو عايناه قد قبض الثمن ثم جحدته كان ضامنا له واذا وكله ببيع عدل زطى له فعمد الوكيل الى المدل وقصره فهو ضامن لما هلك عند القصار لانه غير مأمور

بالدفع اليه للقصار فيكون بهذا الدفع مخالفا ضامنا ما هلك عند القصار فان رجع الى يد الوكيل
برئ من ضمانه لانه أمين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يكون ضامنا لما هلك واجرة القصار
تكون على الوكيل لانه هو الذى استأجره وان باعه بعد القصار فالتمن كله للموكل ولا
شيء منه للوكيل باعتبار الأجرة للقصار لان القصار ليست بعين مال قائم في الثوب وانما
هى ازالة الدرن والوسخ عن الثوب فان اللون الأصلي للقطن انما هو البياض ويتغير ذلك
بالوسخ فاذا أزيلت عند القصار عاد اللون الاصلى فاذا لم يكن للوكيل عين مال قائم باعتبار
القصار لا يكون له من الثمن حصة وكذلك ان قتل الثياب فاما اذا صبغها بمصفر او زعفران
فهو مخالف بما صبغ لان صاحب الثوب لم يأمره به فهو كودع أو غاصب صبغ الثوب فلصاحب
الثوب ان يضمه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب منه ورد عليه ما زاد المصفر والزعفران
فيه وان شاء باعه الوكيل وضارب الآمر في الثمن بقيمة الثوب أبيض وضارب الوكيل بما زاد
الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم في الثوب فيسلم للوكيل ما يخصه من الثمن وكان الخيار للمالك
لانه صاحب الاصل فان الصبغ تبع لان قيامه بالثوب وقيام البيع يكون بالاصل ولان
الثوب قائم من كل وجه والصبغ مستهلك من وجه دون وجه فلهذا كان الخيار لصاحب الثوب
ولو صبغه اسود فلي قول أبي حنيفة رحمه الله السواد نقصان في الثوب لازيادة فلموكل
ان يأخذه ولا يعطى الوكيل شيئا وان باعه الوكيل فالتمن كله للآمر وعندهما السواد بمنزلة المصفر
والزعفران وقيل هذا الاختلاف عصر وزمان فان لبس السواد لم يكن ظاهرا في زمن أبي حنيفة
رحمه الله فمده نقصانا في الثوب وقد ظهر في عهدهما فقلا لازيادة وقيل بل هذا يختلف باختلاف
الثياب فن الثياب ما ينقص السواد من قيمته كالقصب ونحوه فيكون ذلك نقصانا فيه كما
قال أبو حنيفة رحمه الله ومن الثياب ما يزيد السواد في قيمته فيكون الجواب فيه كما قالوا
وكان أبو يوسف رحمه الله يقول بقول أبي حنيفة فلما قلد القضاء وكلف السواد احتاج فيه
الى مؤنة فرجع وقال السواد زيادة ثم الوكيل في هذا كله على ركائه في يمه لان ما عرض
لا ينافى ابتداء التوكيل ولا يخرج المحل من أن يكون صالحا للتصرف واذا دفع اليه جراب
هروى بيمينه وهو بالكوفة فبأى أسواق الكوفة باعه جاز وان خرج الى البصرة فباعه
هناك ضمنه استحسانا ولم يجز يمه على الأمر وفي القياس يجوز لانه أمره بالبيع مطلقا فلا
يتقيد بمكان من غير تقيد في كلامه وأكثر ما فيه أن مقصوده البيع بالكوفة والتقيد

بالمقصود لا يحصل خصوصا عند أبي حنيفة رحمه الله ولكنه استحسنت فقال لو لم تنقيد الوكالة بالكوفة كانت مؤنة النقل الى موضع آخر على الموكل لان الوكيل في النقل ممثّل أمره فيرجع عليه بما يلحقه من المؤنة فربما تبلغ المؤنة قيمة المتاع أو تزيد فيكون في ذلك تفويت مقصود الموكل وهذا دليل صالح لتقييد مطلق الوكالة فاذا تقيدت بالمصر كان هو بالاخراج مخالفا فلا ينفذ بيعه ويكون ضامنا ولم يذكر في الكتاب ما اذا لم يخرج المتاع مع نفسه ولكن باعه بالبصرة ومشايخنا رحمهم الله يقولون بيعه يجوز هنا لان التسليم في بيع العين انما يجب في موضع المبيع فلا يلحقه مؤنة النقل والاصح انه لا يجوز لان التقييد ثبت بالدلالة كما ذكرنا فكان كالثابت بالنص والوكالة تقبل التقييد بالمكان والزمان ولو قال بعه بالكوفة ففي أي أسواق الكوفة باعه جاز لان مقصوده بهذا التقييد سعر الكوفة وفي أي أسواق الكوفة باع فانه انما باع بسعر الكوفة وان حمله الى مصر آخر فباعه لم يحز بيعه فكان ضامنا له قياسا واستحسانا لتقييد الامر بالكوفة نصا واذا كان للرجل عدل زطى فقال لرجلين أيكما باعه فهو جائز وان باعه أحد هذين فهو جائز أو وكلت هذا أو هذا ببيعته فباعه أحدهما ففي القياس لا يجوز لجهالة من وكل بالبيع وفي الاستحسان يجوز لان هذه جهالة مستدركة فيحمل فيما هو مبنى على التوسع ثم قد نص على القياس والاستحسان هنا ولم ينص فيما سبق من وكيل الواحد ببيع أحد العبدین حتى تكلف بعضهم كما بينا في الاقرار أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار وجهالة المقر له تمنع من ذلك ولكن الاصح أن القياس والاستحسان في الفصلين فانه قال هنا وكذلك لو قال لواحد بيع أحد هذين العبدین أو بيع ذاوذا فهذا بيان أن القياس والاستحسان سواء واذا أمره أن يبيعه ويشترط الخيار للآمر ثلاثة أيام فباعه بغير خيار أو بخيار دون الثلاثة فدفعه فيبيعه باطل وهو له ضامن لانه أتى بمقد هو أضر على الأمر فانه أمره بالبيع على وجه يكون الرأي في هذه الثلاثة الى الموكل بين أن يفسخ العقد أو بمضيه وقد أتى بمقد لا يثبت فيه هذا القدر من الرأي للآمر فكان مخالفا كالفاسد ولو قال بعه واشترط الخيار لي شهرا فباعه وشرط الخيار له ثلاثة أيام جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله استحسانا ولم يحز في قولهما لان من أصلهما ان الخيار يثبت في مدة الشهر ويصح البيع معه فانما أمره بمقد يكون فيه الرأي الى الأمر في هذه المدة وهو لم يأت بذلك فكان ضامنا وان من أصل أبي حنيفة رحمه الله أن اشتراط الخيار في البيع لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام فانما هذا

وكيل بالبيع الفاسد عنده والوكيل بالبيع الفاسد اذا باع فيما جائزا نفذ على الامر استحسانا
فهذا مثله ولو قال به فيما فاسدا فباعه فيما جائزا كان هذا استحسانا في قول أبي حنيفة وأبي
يوسف رحمهما الله وفي القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز لأن أمره بالعقد لا يزيل
ملكه بنفس العقد فكان كالمأور بالهبة اذا باع أو لانه أمره ببيع لا يقطع به حق الموكل في
الاسترداد أو أمره ببيع يكون المبيع مضمونا بالقيمة على المشتري اذا قبضه فكان كالمأور
بشرط الخيار للآمر اذا باعه بنير خيار ووجه الاستحسان أنه من جنس التصرف الذي أمره به
وهو خير للآمر مما أمره به فلا يكون مخالفا كالوكيل بالبيع بألف اذا باع بالفين ويانه أنه
أمره بأن يطعمه الحرام بالتجارة وهو أطعمه الحلال والتجارة مشروعة لا كتسباب الحلال
بها دون الحرام بخلاف المضمون المأمور بالهبة اذا باع لأن ما أتى به ليس من جنس ما أمره
به وبخلاف بيع المأمور بشرط الخيار اذا لم يذكر الخيار لأن ما أتى به ليس بانفع للآمر
به بل هو أضر عليه * يوضحه انه لو أمره بالبيع الجائز فباع فيما فاسدا لم يكن مخالفا فرفنا
أن الامتثال بأصل العقد لا بصفة الجواز والفساد وفي الامالى عن أبي يوسف رحمه الله
انه لو أمره بأن يزوجه امرأة بنير شهود فزوجها اياه بشهود لم يجز عند أبي يوسف رحمه الله
وهذا لان التوكيل بالنكاح لا يتناول النكاح الفاسد عنده بخلاف البيع ولان النكاح
الفاسد لا يوجب الكل أصلا وهو غير مأمور من جهته باثبات الحل له فلهذا لا يصح
مباشرة العقد الصحيح بخلاف البيع ولا اشكال على قول محمد رحمه الله انه لا يجوز فاما
عند أبي يوسف رحمه الله فقال ينبغي ان يجوز لان الاذن في النكاح عنده يتناول الجائز
والفاسد وما أتى به انفع للموكل مما أمره به ولو قال به بمبد الى أجل فباعه بدراهم حالة
في القياس لا يجوز وهو قول محمد رحمه الله ولم يذكر قول أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله وقيل على قولهما ينبغي ان يجوز لانه مأمور بالعقد الفاسد وقد أتى بالعقد
الصحيح والاصح انه لا يجوز هنا لانه سمي جنسا خلاف ما أمره به الآمر وعند اختلاف
الجنس في المسمى يكون مخالفا وان كان ذلك انفع للآمر كالتوكيل بالبيع بألف درهم اذا
باعه بألف دينار لا ينفذ على الآمر ولو قال به بالف نسيئة فباعه بالف أو أكثر من الف بالنقد
فهو جائز لانه حصل مقصود الامر وزاده خيرا بزيادته في قدر المسمى أو في صفة الحلول وان
باعه بأقل من الف بالنقد لم يجز لانه خالف مقصوده وما سمي له فانه أمره بأن يدخل في

ملكه بمقابلة العبد انما وقد أدخل في ملكه دون ذلك وان باعه بالفين نسيئة جازلانه
خالف الى خير بزيادة الثمن وان باعه بالفين نسيئة شهرين والموكل انما أمره بألف نسيئة شهرا
لم يجوز أيضا لأنه خالف ماسمى له في مدة الاجل الى ما هو أضر عليه والحاصل أن مقابلة
زيادة القدر بالنقصان المتمكن بزيادة الاجل انما يكون بطريق المقايسة وليس للوكيل ذلك
بل عليه رعاة ماسمى له الأمر فاذا خالف الى ما هو أضر عليه لم ينفذ تصرفه عليه ولو دفع
اليه منطقة فيها مائة درهم فضة فقال بعها بخمسين فباعها بمائة درهم وعشرة دراهم نقدا فهو
جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله لأنه زاده خيرا من كل وجه وفي
قول محمد رحمه الله لا يجوز لأنه أمره بالعقد الفاسد وقد أتى بالعقد الصحيح وكذلك لو قال
بعها بخمسين درهما نسيئة فباعها بخمسين نقدا فهو على الخلاف الذي ذكرنا وان دفع اليه جراب
هروي فقال بعه نسيئة أو نقدا فما باعه من شيء من دراهم أو دنانير أو شيء مما يكال أو يوزن
فهو جائز أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يشك وأما عندهما فلا نه وسع الأمر عليه بقوله بعه
نسيئة أو نقدا فينصرف الى كل ما يثبت دينا في الذمة نبوتا صحيحا وان باعه بيما فاسدا ودفعه
اليه لم يكن مخالفا لما بيننا ولو قال بعه نسيئة فباعه الى الحصاد والدياس أو الى المطاء أو الى
الزيروز فالبيع فاسد بجهالة هذه الآجال عند المتعاقدين كما لو باعه الموكل بنفسه الا أن يقول
المشتري أنا أعجل المال وأدع الاجل فينثذ يجوز حذف الشرط المفسد قبل تقريره وهي
زفريّة مرفوعة في البيوع ولو وكله بطعام فقال بعه كل كر بخمسين فباعه كله فهو جائز لان
حرف كل جامع لكل ما يضاف اليه وقد أضافه الى الطعام فيجمع كل كر منه وان قال بعه
بمثل ما باع به فلان الكر فقال فلان بمت الكر باربعين فباع الوكيل باربعين ثم وجد فلانا
باعه بخمسين فالبيع مردود لانه تبين أنه باعه بأقل مما سمى له وان فلانا أخبر بالبطل والخبر
به اذا كان كذبا فبالاخبار به لا يصير صدقا وجهل الوكيل لا يبطل حق الموكل ولا يجمّل
الوكيل موافقا وان كان فلان باع كرا بخمسين فباع هذا كرا به خمسين خمسين ثم باع فلان
بعد ذلك بستين فهو جائز ولا ضمان على الوكيل لانه أمره بالبيع بمثل ما باع به فلان في
الماضي لا بمثل ما يبيع به في المستقبل وقد امتثل أمره في ذلك وان كان فلان باع كرا باربعين
وكرا بخمسين فباع الوكيل طعامه كل كر باربع وأربعين في القياس لا يجوز بيع الوكيل لان
جوازه يعتمد رضا الموكل وفي رضاه بأربعين شك لما كان فلان باع تارة بخمسين وتارة

بأربعين فالظاهر أن مراد الأمر بهذا بيع على ما باع به فلان لا أدناه ولكنه ترك القياس واستحسن فقال يجوز لانه امتثل ماسمى له فانه سمي له البيع بمثل ما باع به فلان واذا كان قد باعه بأربعين فهذا قد باع بمثل ما باع به فلان وهذا لان في المنصوصات يعتبر أدنى ما يتناوله الاسم لانهاية (الآ ترى) أنه اذا شرط صفة الجودة في المبيع يعتبر أدنى الجودة لأعلاها ولانا لو لم ننفذ بيعه لم نجد بدا من أن نجعل الوكيل ضامنا وبالشك لا يجب عليه الضمان ولو وكله بشراء عبد بعينه فقبل الوكالة وخرج من عنده فاشهد أنه يشتريه لنفسه ثم اشتراه فهو للموكل لانه قصد عزل نفسه فيما يوافق أمر الأمر وعزله يكون بالخلاف لا بالموافقة فلا يعمل قصده هذا وكذلك لو وكله آخر بعد ذلك بشراؤه فاشتراه فهو الاول لانه بعد قبول الوكالة منه صار بحيث لا يملك شراؤه لنفسه فكذلك لا يملك شراؤه لغيره واذا وجد الوكيل بالعبد عيبا فله أن يردده ولا يستأمر فيه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهو مستبد بما هو من حقوق العقد لان العبد ما دام في يده فالوكالة قائمة غير منتهية فهو متمكن من رده بيده فلا حاجة الى استثمار الأمر وان كان دفعه الى الأمر فليس له أن يخاصم في عيبه الا بأمر الأمر لان الوكالة قد انتهت بالتسليم الى الأمر ولانه لا يتمكن من رده الا بإبطال يده واليد حقيقة فيه للأمر ولا سبيل له الى ابطال يده الا برضاه والدليل على الفرق أن الوكيل لا يكون خصما لمن يدعى في هذا العبد شيئا بعد ما سلمه الى الأمر بخلاف ما قبل التسليم فانه خصم باعتبار يده ما لم يثبت أنها لغيره واذا أمره أن يشتري له هذا العبد بصنف المكمل أو الموزون فاشتراه بغير ذلك الصنف لم يلزم الأمر لانه لم يحصل مقصود الأمر فان مقصوده تحصيل العبد له بهذا الصنف الذي سماه فاذا لم يحصل مقصوده كان مشتريا لنفسه ولو لم يسم له الثمن لم يجز له أن يشتريه للأمر الا بدراهم أو بدنانير لما بينا أنه يتعذر اعتبار اطلاق الوكالة في العوض فيعمل على أخص الخصوص وهذا الشراء بالنقد فان اشتراه بمضه بعينها تبرأ واناء مصوغ أو ذهب أو تبر أو بمكيل أو بموزون أو عرض لزم المشتري دون الامر لان أمره لما قيد بالشراء بالنقد صار كأنه نص عليه والتبر والمصوغ ليسا بنقد فكان فيما صنع مخالفا أمره فلهذا صار مشتريا لنفسه دون الأمر ولو وكله بشراء عبد بعينه بثمن مسمى فوكل الوكيل وكلا آخر فاشتراه لزم الأمر الثاني دون الاول لان الاول انما رضى برأى وكيله بالشراء وما رضى بتوكيله فهو في التوكيل مخالف وان كان قد سمي

التمن له لان تسمية التمن تمنع الزيادة دون النقصان واذا صار مخالفا نفذ شراء وكيله عليه كما لو اشتراه بنفسه على وجه يكون مخالفا فيه يصير مشتريا لنفسه ولو اشتراه الوكيل اثناني بمحض الوكيل الاول لزم الامر الاول لان تمام العقد برأى الوكيل الاول فكانه هو الذى باشر العقد وفي هذا خلاف زفر رحمه الله وقد بيناه وان قال الوكيل امرتنى أن اشتريه لك بألف درهم وقال الأمر أمرتكم بخمسمائة فالقول قول الامر لان الاذن مستفاد من جهته ولو أنكرا أصل الاذن كان القول قوله فكذلك اذا أنكر الزيادة ولان تصرف كل انسان يكون لنفسه باعتبار الأصل الى أن يظهر كونه نائبا عن غيره فكان الأمر متمسكا بالأصل ولو أقام البينة فالبينة بينة الوكيل لانه يثبت لنفسه ديناً في ذمة الأمر ويثبت خلاف ما يشهد به الظاهر وهو وقوع الملك بشراؤه للأمر وكذلك لو قال الامر للوكيل أمرتك بغير هذا العبد وقال اشتري عبيداً فلان بعبدك هذا فاشترى جاز للأمر وعليه قيمة عبد الوكيل لانه صار كالمستقرض لعبد الوكيل حين أمره ان يشتري به له عبداً واستقرض الحيوان وان كان فاسداً فاذا تم كان مضمونا بالقيمة ولان الشراء يوجب التمن للبائع على الوكيل وللوكيل على الموكل فاذا صح التوكيل هنا واشترى بعبده وجب للبائع على الوكيل تسليم العبد اليه وللوكيل على الموكل مثله ومثل العبد قيمته وانما صح التوكيل لانه أمر بالشراء له بعوض يلتزمه في ذمة نفسه كان صحيحا وكذلك اذا أمره بالشراء له بعوض يلتزمه في مال نفسه وان اختلفا في مقدار القيمة فالقول قول الوكيل مع يمينه أو يترادان لان الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع المشتري على معنى ان الموكل يملك السلعة بمقدار الوكيل بعوض يستوجبها الوكيل عليه والبائع مع المشتري اذا اختلفا في التمن فالحكم ما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقول البائع أو يترادان ثم حاصل الجواب في هذه المسئلة ان يقال هنا معنيان أحدهما ما بينا وذلك موجب للتخالف والثاني ان الوكيل أمين مخبر بما يجعل مسلطا عليه وفي مثله القول قوله مع يمينه فيكون للموكل الخيار ان شاء مال الى هذا الجانب ورضى أن يأخذ بما قال الوكيل فينبذ يحلف الوكيل على ما يدعى من مقدار التمن كما هو الحكم في يمين الأمين فاذا حلف أخذه بذلك وان شاء مال الى الآخر ولم يرض ان يأخذه بما قال الوكيل فينبذ يتعالتان والذي يبدأ به في اليمين الأمر لانه بمنزلة المشتري فكما أن البائع والمشتري اذا اختلفا في التمن يبدأ يمين المشتري لان أول التسليمين عليه فكذلك هنا يبدأ يمين الامر ويحلف

على علمه لانه استحلاف على فعل الغير وبعد ماتحالفوا فالعبد المشتري يلزم الوكيل لانفساخ
السبب بين الوكيل والموكل قال واذا وكل رجل رجلا ان يشتري له أمة يتخذها أم ولد
ويطؤها بألف درهم فاشترى له أمة رتقاء لا توطأ أو مجوسية أو أمة لها زوج لم يلزم الأمر
لانه صرح بمقصوده عند التوكيل بمحل صالح لما صرح به وهذا المحل غير صالح لذلك وكان
الوكيل مشتريا لنفسه وكذلك كل ما وصفه بصفة فاشترى بصفة تخالف تلك الصفة كان مشتريا
لنفسه لما قلنا بخلاف ما اذا أطلق فان ما ليس بمعين يختلف باختلاف الصفة قال واذا وكله أن
يشتري له عبدا بعينه بألف درهم فاشترى الوكيل وقبضه وطلب الأمر أخذه فأبى الوكيل
أن يعطيه حتى يستوفي الثمن فله أن يمنعه عندنا سواء نقد الوكيل الثمن أو لم ينقد وليس له
حق المنع عند زفر رحمه الله وهذه معروفة في البيوع بفروعها إلا أن هناك لم ينص على
الخلاف اذا هلك بعد المنع وانما نص عليه هنا فقال عند أبي يوسف رحمه الله يكون مضمونا
بالاقل من قيمته ومن الثمن كالمرهون وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يكون مضمونا بالثمن
قلت قيمته أو كثرت كالمبيع اذا هلك في يد البائع فان الوكيل مع الموكل لبائع مع المشتري
فان مات في يد الوكيل قبل أن يمنعه مات من مال الأمر لان الوكيل في القبض عامل للأمر فيصير
الأمر بقبض الوكيل قابضا حكما ما لم يمنعه منه فاذا هلك هلك من مال الأمر وللوكيل أن
يرجع عليه بالثمن بخلاف ما اذا منعه لانه صار مستردا ليد أو لان بالمنع تبين انه كان في القبض
عاملا لنفسه لا للأمر وان كان البائع أخر المال عن المشتري لم يكن للمشتري أن يأخذه من
الأمر بمنزلة ما لو اشترى بئمن ووجل فانه لم يرجع على الأمر قبل حلول الاجل وهذا لان
الوكيل انما يستوجب على الأمر مثل ماوجب للبائع عليه بصفته وهذا بخلاف الشفيع مع
المشتري فان الاجل الثابت في حق المشتري لا يثبت في حق الشفيع لان الشفيع انما يملك
المبيع بعقد جديد سوى عقد المشتري والاجل المذكور في عقد لا يثبت في عقد آخر وهنا
الموكل انما يملك بذلك العقد الذي باشره الوكيل والاجل ثابت في حق الوكيل بحكم ذلك
العقد فيثبت في حق الموكل أيضا ولو حط البائع شيئا من الثمن عن الوكيل ثبت ذلك
لأمر لان حط بعض الثمن يلتحق بأصل العقد ويخرج قدر المحطوط من أن يكون ثمننا
بخلاف ما لو وهب البائع الثمن كله للوكيل كان له أن يرجع على الموكل بالثمن لان حط
الكل لا يلتحق بأصل العقد اذ لو التحق بأصل العقد فسد البيع لانه يبقى بيعا بغير ثمن وهو

فاسد فكان ذلك مقصورا على الحال وبراء الوكيل لا يمنع من الرجوع على الأمر لأن ثبوت حق الرجوع له بالشراء لا بالولاء بخلاف الكفيل إذا برئ حيث لا يرجع على الأصل لأن ثبوت حق الرجوع له بالأداء أو بملكه ما في ذمته وذلك لا يحصل بالأداء ولو أمره أن يشتري له عبدا بعينه بألف درهم ومائة ثم حط البائع المائة عن المشتري كان العبد للمشتري دون الأمر لأنه في أصل العقد مخالف فوقع الشراء له ثم لا يتحول إلى الأمر بعد ذلك إلا بتجديد سبب ولم يوجد وبهذا يحتج زفر رحمه الله في الوكيل بشراء العبد إذا اشترى نصه فان عند زفر رحمه الله هناك وإن اشترى الباقي قبل الخصومة كان العبد للوكيل دون الأمر لأنه في أصل الشراء مخالف ولكننا نقول هناك عرضت الموافقة بفعل يكون من الوكيل فيما تناولته الوكالة قائم فمنع تحقق الخلاف وهنا عرضت الموافقة بفعل يحدثه الوكيل فيما تناولته الوكالة غير موجود فتحقق الخلاف بنفسه. ولو أن رجلا اشترى عبدا واشهد أنه يشتريه لفلان فقال فلان قد رضيت كان للمشتري أن يمنعه منه لأن الشراء نفذ على العاقد حين لم يكن مأمورا من جهة غيره ورضا الغير إنما يعتبر في عقد موقوف على إجازته وهذا العقد غير موقوف على إجازته فرضاه فيه وجوده كعدمه وإن سلمه له وأخذ الثمن كان ذلك بمنزلة بيع مستقبل منهما فإن البيع بالتعاطي ينمقد عندنا لأن المقصود تمام الرضا قال الله تعالى ألا تكون تجارة عن تراض منكم وذلك يحصل بالفعل كما يحصل بالقول وإذا وكله بأن يشتري له أمة بألف درهم فاشتراها بالثمن فبث بها للأمر فاستولدها ثم قال الوكيل اشتريتها بالثمن فإن كان حين بث بها إليه قال هذه الجارية التي أمرتني فاشتريتها لك لم يصدق في أن ثمنها ألفان ولم تقبل بيئته على ذلك لأنه بالكلام الأول صار مقرا أنه اشتراها للأمر وإنما يكون مشتريا للأمر إذا اشتراها بالثمن الذي سمي الأمر له فكان هو في قوله بعد ذلك اشتريتها بالثمن مناقضا والمناقض لا دعوى له ولا تقبل بيئته وإن لم يكن قال ذلك حين بث بها إليه فالقول قوله لأنه يقول اشتريتها لنفسى وإنما بعثتها إليه وديعة أو لينظر أنها تمجبه بالثمن الذي اشتريتها له به أولا فلم يسبق منه ما يناقض قوله فلماذا جعلنا القول قوله ثم يأخذ القيمة وعقربا وقيمة ولدها لأن الأمر مغرور فيها فأنه استولدها باعتبار سبب ظاهر لو كان حقيقة كانت الجارية له وهو أن الوكيل اشتراها له بمأمره به فإذا تبين الأمر بخلافه كان مغرورا ولو وكله أن يشتري له كر حنطة من الفرات فاشتراها واستأجر بهير الحمله عليه لم يكن الكراء

على الأمر في القياس لأن وجوب الكراء بمقد آخر سوى المقد الذي أمر به فكان متبرعا
في حمله بمنزلة أجنبي آخر (ألا ترى) أنه لو أمره بالشراء من السوق فاشترى ثم حمله إلى منزله
بكراء كان متبرعا فيه فكذلك هذا وفي الاستحسان يرجع على الأمر بالكراء لأنه مأمور
بحمله دلالة فانه أمره بالشراء من الفرات ولا يمكنه أن يتركه هناك بعد الشراء فان الخطئة
تحمل في السفن إلى بغداد فتشترى ثم وتنقل إلى المنازل اذ لا يبقى هناك بالليل احد يحفظها
وليس هناك حانوت تحفظ فيه فلما أمره بالشراء مع علمه بهذا صار الأمر أمرا له بالنقل دلالة
والتنقل لا يتأتى إلا بالكراء وكانه أمره بهذا الاستئجار بخلاف ما لو أمره بالشراء من السوق
*توضيحه أن الوكيل مضطر في هذا النقل فانه لو تركه هناك يكون مضيقا له فلم يكن متبرعا
في هذا النقل بخلاف ما إذا اشتراه من السوق فانه غير مضطر إلى نقله لتمكنه من الترك في حانوت
البائع وإن كان الأمر أمره أن يستأجر الكر بدرهم فاستأجر له بدرهم ونصف لم يكن على
الأمر من الكراء شيء لأن الوكيل صار مخالفا له فكان مستأجرا لنفسه فحمله على من
استأجره لنفسه حكمه على دابة نفسه ولو استأجره بدرهم جاز على الأمر ولم يكن للوكيل
حبس الطعام حتى يستوفي الكراء لأن الكراء ليس بموضع عن الطعام وإنما يحبس الطعام
ببدله وبذل الكراء هنا منفعة الدابة في الحمل وقد تلاشت وليس للحمل أثر قائم في المحمول
فلا يحبس المحمول به بخلاف الخياطة والقصارة فان أثر فعل الخياط والقصار قائم في الثوب
فله أن يمنعه حتى يستوفي الاجرة ولو وكله أن يشتري له طعاما بمائة درهم ولم يدفعها إليه
فاستأجره الوكيل نسيئة فهو جائز لأنه مأمور بالشراء مطلقا وقد بينا نظيره في الوكيل بالبيع
وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصيلين جميعا أنه إنما يبيع ويشترى للأمر بالنسيئة إذا أمره
بالتصرف على وجه التجارة لأن كل واحد من النوعين من صنع التجار فإذا أمره بالبيع
لأعلى وجه التجارة لا يملك البيع بالنسيئة ويان هذا في كتاب الرهن ثم للأمر أن يأخذ الطعام
قبل أن يتقد الثمن لأن حاله مع الوكيل كحال الوكيل مع البائع وللوكيل أن يقبض المبيع
قبل أن يتقد الثمن إذا كان مؤجلا فلا أمر بذلك أيضا فان مات الوكيل فحل عليه الثمن لم
يحل على الأمر لأن حلول الثمن على الوكيل لوقوع الاستثناء عن الاجل وعدم انتفاعه ببقائه
أو لأن ما عليه من الدين صار كالمستحق في تركته وهو ميت وهذا لا يوجد في حق الأمر
مابقي حيا وكذلك لو أمره بأن يشتري له إلى أجل وهذا أظهر من الأول ولو كان أعطاه

دنانير وأمره أن يشتري بهائم لم ينقدها حتى دفع الطعام الى الأمر وأنفق الدنانير في حاجته ونقد الثمن غيرها فهو جائز لانه امتثل الامر في الشراء بتلك الدنانير وهي لاتعين في الشراء بالتعيين فكانت باقية على ملك الأمر وقد وجب الثمن للبائع دينا في ذمة الوكيل وللوكيل في ذمة الأمر فالوكيل حين أنفق دنانير الأمر في حاجته صار مستوفيا دين نفسه فبقي دين الأمر عليه يخرجه في ماله وان اشترى بدنانير غيرها ثم نقدها فالطعام للوكيل لانه كان مأمورا بالشراء بتلك الدنانير فاذا اشترى غيرها صار مخافا فكان مشتريا لنفسه ثم نقد دنانير الأمر في قضاء دين نفسه فصار ضامنا له فان قيل الشراء لا يتعلق بتلك الدنانير فشراء الوكيل بها وبغيرها سواء قلنا لا نقول يتعلق الشراء بتلك الدنانير وانما تنقيد الوكالة بما تنقيد به المال المضاف اليها (ألا ترى) انه لو هلك المال قبل الشراء به بطلت الوكالة واذا تملقت الوكالة بتلك الدنانير لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة على أن الشراء قد بطل يتعلق الدنانير المضافة اليها نوع تعلق (ألا ترى) أن من اشترى بالدنانير المنصوبة ونقدها لم يطلب له الفضل بخلاف ما اذا اشترى بغيرها ونقدها وان اشترى الوكيل طعاما الى أجل وهو ينوي الشراء به لم يصدق على ذلك ولم يلزم الأمر لان تلك الدنانير عين وصفة العينية تنافي الاجل فبين شرائه بالثمن المؤجل وبين شرائه بتلك الدنانير منافاة بينة فينبه مخالفة لما صرح به ودعواه غير مطابقة لما ظهر منه فلا يصدق على ذلك وكان هذا ومالو اشتراء بدنانير غير تلك الدنانير سواء وان كان اشترى طعاما بمال فنوى الشراء بتلك فهو جائز على الأمر لانه ما صرح بخلاف ما أمره به نصافان اضافة الثمن الى ذمته والى ما في يده من الدنانير سواء وكان تعيين تلك الدنانير في قلبه كتعيينها باشارته في العقد اليها وهذا لان الوكيل قد يتلى بهذا بأن يجد ما يوافق الأمر في السوق ولا تكون تلك الدنانير معه فلو رجع الى بيته ليحضرها فانه فلهذا جوزنا شراءه للأمر بمطلق الدنانير وان نقد بعد ذلك تلك الدنانير نصا وكذلك لو أمره أن يشتري له عبدا وسمى جنسه وثمنه ووكله آخر بمثل ذلك ودفع اليه الثمن فاشترى على تلك الصفة وقال نويته لفلان فالقول قوله لان ما في ضميره لا يخرجه غيره فيوجب قبول قوله في ذلك وهو أمين مسلط على ما أخبر به من جهة كل واحد منهما وان مات في يده مات من ماله الذي سمي له لانه بقبضه له يصير من وقع له الشراء قابضاولو وكله احدهما أن يشتري له نصف عبد معروف بثمان مسمى ووكله آخر بأن يشتري له نصف عبد بمثل ذلك الثمن

فاشترى الوكيل نصقه وقال نويت ان يكون للآخر فالقول قوله لان وكالة الثاني صحيحة وصار هو مالكا لثراء النصف لكل واحد منهما فكان قوله مقبولا في تعيين من المشتري له وان كان كل واحد منهما سمي له ثمنا مخالفا لما سمي الآخر فاشترى احد النصفين بذلك الثمن وقال نويته لفلان الآخر فالقول قوله لما بينا ان ما في ضميره لا يعرفه غيره فاذا قبلنا قوله في ذلك صار مخالفا مشتريا لنفسه لانه اشترى بثمان غير الثمن الذي نواه له بالشراء ولا يكون هذا النصف للذي أمره بالشراء بهذا الثمن لانه لم ينوه له وفيما ليس بعين لا يصير مشتريا للامر الا أن ينوي ان يتقدراهم قال واذا وكله ان يشتري له جارية بعينها فقال الوكيل نعم ثم اشتراها لنفسه ووطئها فخلت منه فانه يدراً عنه الحد وتكون الامة وولدها للامر ولا يثبت النسب لانه صار مشتريا للامر فان نيته لنفسه لغو في الجارية الميمنة الا انها في يده بمنزلة الجارية الميمنة في يد البائع على ما بينا ان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري ووطئ البائع للامة الميمنة لا يوجب عليه الحد لتمكن الشبهة ولكن لا يتمكن الغرور بهذا لانه استولدها مع العلم بانها لغيره ولهذا كانت مع ولدها للامر ولا يثبت النسب قال ولو وكله بأن يشتري له أمة وسمى جنسها فاشترى أمة وأرسل اليه بها فاستولدها الامر ثم قال الوكيل ما اشتريتها لك فان كان حين بعث بها اليه قال اشتريتها لك أو قال هي الجارية التي أمرتني بأن اشتريتها لك لم يسمع دعواه بعد ذلك ولا تقبل بينته على الاشهاد عند الشراء انه اشتراها لنفسه لكونه منافضا في هذه الدعوى وان لم يذكر شيئا من ذلك فالقول قوله مع يمينه وبأخذها وعقرها وقيمة ولدها لما بيناه فيما سبق قال ولو وكله بأن يشتري له دار فلان بألف درهم فاشترى صحراء ليس فيها بناء فهو جائز لان الدار اسم لما يدار عليه الحائط مبنيًا كان أو غير مبني والعرب يطلقون اسم الدار على الصحراء التي لم يبق فيها الأثر قال القائل

يا دار مية فالعلياء فالسند (وقال الآخر) عفت الديار ومحلها فقامها

وهذا بخلاف مالو أمره بأن يشتري له بيتا فاشترى أرضا لم يكن فيه بناء لم يجز على الامر لان البيت اسم لما يبات فيه وذلك في المبنى خاصة ثم الانسان قد يشتري الدار غير مبنية لينبها على مراده فلم يكن فيما اشتراه الوكيل معنى المخالفة لمقصود الامر بخلاف البيت فانه يشتره لينتفع به ولا يحتاج الى تخلق ببناءه وهذا المعنى لا يحصل في غير المبنى فاذا

صحيح شراء الدار للآمر وهلك المال عند الوكيل فقال الأمر هلك قبل أن تشتري وقال الوكيل هلك بعد ما اشتريتها فالتقول قول الأمر لا نكراه بقاء الوكالة عند الشراء بمنزلة ماله أنكر التوكيل أصلا ولأن الوكيل يدعى لنفسه الثمن في ذمة الموكل وهو منكر لذلك فالتقول قوله مع يمينه ويحلف على العلم لأنه استخلاف على فعل الغير وهو الشراء به قبل الهلاك أو بعده ولو لم يهلك ونقده البائع فاستحقه رجل فضمن الوكيل رجوع به على الأمر لأنه كان عاملا له فيما قبض من الثمن ونقد وان ضمن البائع رجوع به على الوكيل لأن المقبوض من الثمن لم يسلم له رجوع الوكيل على الأمر لكونه عاملا له ولو لم يستحق ولكن جحد البائع أن يكون القبض قبض الثمن فالتقول قوله مع يمينه فإذا حلف رجوع به على الوكيل ولم يرجع به الوكيل على الأمر لأنه مقر أنه استوفى الثمن من الأمر ونقده البائع ثم ظلمه البائع بتغير يمينه الثمن مرة أخرى فليس له أن يظلم الأمر أن ظلمه غيره ولو لم يتقده البائع حتى هلك عند الوكيل فاخذه من الأمر ثانية فهلك عنده لم يرجع به على الأمر ويضمن الثمن من عنده للبائع لأن بالشراء وجب الثمن للبائع على الوكيل والوكيل على الأمر فإذا قبضه الوكيل بعد الشراء صار به مستوفيا دين نفسه فدخل المقبوض في ضمانه وكان هلاكه عليه بخلاف ماله قبضه قبل الشراء فإنه ما استوجب على الأمر شيئا بعد وكان في ذلك القبض عاملا للأمر لأن نفسه والفرق بين هذا وبين المضاربة قد بيناه فيما أمليناه من شرحه قال ولو وكله أن يشتري له سيفاً بثمن مسمى فاشتري نصلاً أو سيفاً محلي كان جائزاً لأن اسم السيف للنصل حقيقة وشراؤه معتاد فقد يشتري المرء نصلاً ليركب عليه الخيول على مرأته قال ولو وكله بأن يشتري له ثوباً يهودياً ليقطعه قميصاً فاشتري له ثوباً لا يكفيه لم يلزم الأمر لأنه بين له مقصوده فتقيدت الوكالة بثوب يصالح لمقصوده وكذلك لو وكله أن يشتري له دابة يسافر عليها ويركبها فاشتراها مقطوعة اليد أو عمياء أو مراً لا يركب عليه لأنه غير صالح لما قيد الأمر التوكيل به قال ولو وكله أن يشتري له عشرة أرطال لم بدرهم فاشتري أكثره لم يأمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور لأنه أمره بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك لم يتناوله أمره فكان مشترياً لنفسه وفي القدر الذي تناوله أمره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء بأقل مما سمي له فكان مشترياً للأمر ولكن هذا الجواب إنما يستقيم فيما إذا اشتري ما يسهل أو عشرة أرطال بدرهم أما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلاً بدرهم فيعبر مشترياً الكيل

لنفسه لان الامر تناول اللحم السمين الذي يشتري منه عشرة أرتال بدرهم وقد اشترى
المهزول فلم يكن محصلا مقصود الأمر فكان مشتريا لنفسه والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في الصرف والسلم

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بأن يشتري له ابريق فضة بعينه ولم يسم الثمن فاشترى
بقيته دنانير أو بمثل وزنه دراهم فهو جائز لانه مطلق للتوكيل بالشراء بالنقود وكل واحد
من الجنسين من النقود وشراء الابريق بكل واحد منهما معتاد لو اشترى الموكل بنفسه يجوز
فكذلك اذا اشترى الوكيل له وفي حكم التقابض المتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغية الموكل
لا تضر هذا غير مشكل فيما اذا كان الوكيل ممن يتعلق به حقوق العقد لانه بمنزلة العاقد لنفسه
وكذلك ان كان ممن لا يتعلق به حقوق العقد لان قبضه وتسليمه صحيح وان كان لا توجه
عليه المطالبة ففي حكم صحة التقابض هو بمنزلة وكيل يتعلق به حقوق العقد فان قال الموكل لم
تشره وقال الوكيل اشتريته بكذا وكذا فصداقه البائع فانه يلزم الموكل بذلك الثمن لان الوكيل
أقر بالشراء في حال تملك الانشاء فيكون اقراره صحيحا وكذلك لو قال الموكل أخذته بثمان دون
الذي قلت لان تصديق البائع مع الوكيل على الشراء بذلك الثمن بمنزلة مباشرتهما العقد فيكون
لازما للموكل فالموكل يدعى عقدا سوي الذي ظهر بتصادقهما فلا يقبل قوله ذلك الا بحجة
وكذلك هذا في الوكالة بشراء دار بعينها أو عبد بعينه لان في المعين الوكيل يملك الشراء
للموكل ولا يملك الشراء لنفسه اذا كان بمثل قيمته فطلق شرائه محمول على ما يملكه دون
ما لا يملكه فلماذا كان لازما للموكل قال ولو وكله بخاتم ذهب فصدقه يبيعه فباعه بفضة أو
ذهب أكثر مما فيه أو بخاتم من ذهب أكثر وزنا منه وليس فيه فص فهو جائز كما لو باعه
الموكل بنفسه وهذا لان المثل من الذهب يصير بازاء المثل والباقي بازاء الفص وان تفرقا قبل
قبض أحدهما فسد البيع لان العقد في حصة الذهب صرف وان باعه بخاتم ذهب أكثر مما
فيه من الذهب أو أقل وفيه فص وتقابض اجاز كما لو باعه الموكل بنفسه وهذا لان الجنس
يصرف الى خلاف الجنس أحيانا لا لتصحيح العقد وعلى هذا قول أبي حنيفة رحمه الله ظاهر
لان عنده الوكيل بالبيع يملك البيع بالنبن اليسير والتاحش وعندهما انما لا يملك البيع بالنبن
التاحش لانه خلاف المعتاد ولما فيه من الضرر على الموكل وهذا غير موجود هنا وان صرفنا

الجنس لتصحيح العقد وإذا وكله بدراهم صرفها له وصرفها الوكيل عند أبيه أو عند ابنه أو عبده أو مكاتبه كان باطلا في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو جائز عندهما إلا في عبده أو مكاتبه وقد بينا هذا ثم زاد فقال فإن باعه بالقيمة دنانير جاز ذلك كله ما خلا عبده إذا لم يكن عليه دين وهذا إشارة إلى أن الخلاف في البيع بالغبن اليسير دون البيع بمثل القيمة وقد بينا اختلاف المشايخ رحمهم الله فيما سبق قال ولو دفع إليه عبدا فقال بعه بالف درهم وزن سبعة فباعه بالنى درهم وزن خمسة فهذا جائز لأنه باعه بأكثر مما سمي له من جنسه فإن ألف درهم وزن سبعة تكون سبعمائة مثقال والنى درهم وزن خمسة يكونان ألف مثقال فلم يكن هذا مخالفا لما سمي له إلا أمر قال وإن دفع إليه عشرة دراهم يسلمها في ثوب ولم يسم جنسه لم يجوز لأن اسم الثوب يتناول أجناسا مختلفة فلم يصير مقصود الموكل بتسمية الثمن معلوما فإن أسلمها الوكيل في ثوب موصوف بالسلم للوكيل لأن الوكالة لما بطلت تمذر تنفيذ العقد على الموكل فنفذ على الوكيل ثم للموكل أن يضمن دراهمه أيها شاء لأنه قضى دين نفسه بدراهم الموكل فكان هو ضامنا بالدفع والمسلم إليه بالقبض فإن ضمنها الوكيل فقد ملكها بالضمان وتبين أنه قد دراهمه بعينها فكان السلم له وإن ضمنها المسلم إليه بعد ما اقترقا بطل السلم لاستحقاق رأس المال من يد المسلم إليه فإن ذلك يقتضى القبض من الأصل وإن سمي ثوبا يهوديا جاز التوكيل لبيان الجنس والسلم نوع شراء فالتوكيل بشرائه سلما معتبرا بتوكيله بشرائه والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في الدين

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بتقاضى دينه وبقبضه لم يكن للوكيل أن يوكل غيره بذلك لأن الناس يتفاوتون في التقاضى فقد يمل الغريم من تقاضى بعض الناس والموكل إنما رضى بتقاضيه بنفسه لا بتوكيله والقبض باعتبار الائتمان والناس يتفاوتون فيه فلا يكون رضا الموكل بقبض الوكيل رضا منه بقبض غيره فإن قبضها الوكيل الثاني لم يبرأ المطلوب لأنه في حق الطالب كاجنبى آخر فلا يبرأ المطلوب بقبضه إلا أن يصل المال إلى الوكيل الأول لأن يد الوكيل كيد الموكل فوصوله إلى يده كوصوله إلى يد الموكل ولأن وصوله إلى يده من جهة وكيله كوصوله إلى يده أن لو قبض بنفسه وكذلك أن كان الآخر ممافى عيال الأول فينتزح يكون قبضه مبرئا للمطلوب لأن يد من في عيال الوكيل كيد الوكيل (ألا ترى) أنه إن قبضه

بنفسه ثم دفعه الى من في عياله لم يصرضامنا وهذا لان الوكيل أمين في المقبوض والأمين يحفظ الامانة تارة بيده وتارة بيد من في عياله قال وان وكله بتقاضي كل دين له ثم حدث له بعد ذلك دين فهو وكيل في قبضه استحسانا وفي القياس لا يكون وكيلاً في قبضه لانه سمي في الوكالة كل دين له والدين اسم لما هو واجب فانما يتناول ما كان واجبا عند الموكل دون ما يحدث ولكنه استحسن للمادة فان الناس بهذا التوكيل لا يقصدون تخصيص الواجب على ما يحدث وجوبه (ألا ترى) أنه يوكل الغير بقبض غلاته ومراده في ذلك ما هو واجب وما يحدث وجوبه بعد ذلك وهذا لان مقصوده في هذا التوكيل صيانة هذا النوع من ماله بقبض الوكيل فانه لا يتفرغ لذلك بنفسه لكثرة اشتغاله وفي هذا المعنى لا فرق بين ما هو واجب وبين ما يحدث وجوبه فان جحد الغريم الدين فقد بينا أن عند أبي حنيفة رحمه الله الوكيل بالتقاضي والقبض وكيل بالخصومة فيثبت الدين بالينة وعندهما لا يكون وكيل بالخصومة فيتوقف الامر حتى يحضر الطالب قال ولو وكل رجلين بالقبض فقبض أحدهما لم يبرأ الغريم حتى يصل ذلك الى الآخر ويقع في أيديهما جميعا لانه رضى بامانتهم جميعا فلا يكون راضيا بامانة أحدهما ولكن اذا وقع في أيديهما تم مقصود الموكل الآن فكانهما باسرا العقد بالقبض من الغريم واذا قال لغيره وكلتك بدني فهو وكيل بقبضه استحسانا وفي القياس لا يكون وكيلاً لجهالة ما وكله به من استبدال أو صلح أو قبض أو ابراء وهذه جهالة غير مستدركة ولكنه استحسن للمادة فالمراد بهذا اللفظ في المادة التوكيل بالقبض ومعنى كلامه وكلتك بدني لتعينه وتعينه بالقبض يكون ولان القبض متيقن به اذ ليس فيه تغيير شيء من حق الموكل وهو موجب الدين باعتبار الاصل فينصرف التوكيل اليه وهذا نظير الاستحسان الذي قال فيما اذا وكله بماله يكون وكيلاً بالحفظ لانه هو المتيقن به قال واذا وكله بقبضه فإني أن يقبل الوكالة ثم ذهب فقبض لم يكن وكيلاً ولم يبرأ الغريم من الدين لان الوكالة قد ارتدت برده فكان هو في القبض كاجنبي آخر فلهذا لا يبرأ الغريم ويرجع الطالب بماله على الغريم ثم ان كان المقبوض قائماً في يد الوكيل استرده الغريم منه لانه عين ماله سلمه اليه ليستفيد منه البراءة من الدين وهو لم يستفد وان هلك المال في يد الوكيل رجع عليه الغريم فضمنه ان كان كذبه في الوكالة لانه قبض منه المال بشرط أن يستفيد البراءة عما في ذمته أو يملك ما في ذمته فاذا لم يستفد هذا لم يكن راضيا بقبضه بل هو في حقه كالغاصب وكان له أن يضمه وكذلك ان لم يصدقه

ولم يكذبه أو صدقه وضمنه لانه اذا كان ساكتا فانما دفع المال بزعمه وزعمه أن يستفيد الغريم البراءة بما يدفعه اليه فيفيد رضاه به وان صدقه وضمنه فقد قال أنت وكيل لا آمن أن يبعد الطالب اذا تصرف ضمن له ما يقبضه الطالب . في وهذا ضمان صحيح لانه مضاف الى سبب الوجوب لان الطالب في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيا فكانه قال أنا ضامن لك ما ينصبه فلان منك وهذا اضافة الى سبب الوجوب فكان صحيحا فان صدقه في الوكالة ولم يضمنه لم يرجع به عليه لانهما تصادقا على أنه في المقبوض أمين وان الطالب في قبضه من الغريم ثانيا غاصب ظالم ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره قال ولو قبل الوكالة ثم أخرجه الموكل من الوكالة ولم يعلمه ذلك فهو على وكالته لما بينا أن العزل حجب عليه في القبض فلا يثبت حكمه في حقه ما لم يعلم به وان أخبره بذلك حر أو كافر أو مسلم صغيرا أو كبيرا برسالة من الأمر لم يكن له أن يقبض شيئا ولم يبرأ الغريم منه ان اعطاه لانه كعبارة المرسل وارسال الصبي والعبد في مثل هذا معتاد بين الناس فان كل واحد لا يجد عدلا ليرسله في حوائجه قال وان كان رب الدين وكله بمحضر من المطلوب يبرأ بالدفع حتى يأتيه الخبر انه قد أخرجه من الوكالة لان توكيله اياه بمحضر من المطلوب أمر للمطلوب بالدفع اليه ثم الاخراج نهى له عن ذلك فبعد ما علم بالامر لا يثبت حكم النهي في حقه ما لم يعلم به قال واذا ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب أو ذهب عقله ثم أسلم أو رجع اليه عقله فهو على وكالته أما عند ذهاب عقله فلانه لم يوجد ما ينافي الوكالة ولكنه في حال الجنون عاجز عن القبض وأداء الامانة في المقبوض فاذا زال ذلك صار كأن لم يكن فهو على وكالته أما في الردة فان لم يكن القاضي قضى بالحاقه فهو بمنزلة النبية وان كان القاضي قضى بلحاظه فهذا الجواب قول محمد رحمه الله وقد بينا الخلاف فيما سبق قال والوكيل يقبض الدين اذا وهبه الغريم أو أبرأه منه أو أخرجه أو أخذ به رهنا لم يجوز لان هذا تصرف غير ما أمر به (ألا تري) أن الموكل غير مجبر على شيء من هذا وهو مجبر على القبض اذا أتاه المطلوب بالمال وهذا قول هو الاصل في هذا الجنس أن الوكيل بالقبض انما يملك القبض على وجه لا يكون للموكل أن يتمتع منه اذا عرضه عليه المطلوب فليس للوكيل بالقبض ذلك كالشراء بالدين والاستبدال وان قال الوكيل قد برأ الى منه أو قامت عليه يئنة بهذا القول برئ الغريم لان هذا اللفظ اقرار بالقبض والوكيل بالقبض يصح اقراره في براءة الغريم قال وان أخذ منه كفيلا بالمال جاز وله أن يأخذ به

أيهما شاء لان الكفالة بالمال توثق به وأمره اياه بالقبض لتحقيق معنى الصيانة وذلك يزداد بالتوثق به ولا ضرر فيه على الموكل الا أن يكون أخذ كفيلا على ان أبرأه حينئذ لا تجوز البراءة عليه لما فيه من الضرر على الأمر وهذا بخلاف الرهن لانه وان كان توثقا لجانب الاستيفاء لكن فيه نوع ضرر على الأمر على معنى أنه لا يتصرف في المرهون فيها كما يصير مستوفيا ويستقط حقه فلماذا لم يصح في حق الأمر قال واذا وكله في كل قليل وكثير هو له فهو وكيل بالحفظ وليس بوكيل في تقاض ولا شراء ولا بيع الا في قول ابن أبي ليلى رحمه الله فانه يقول ظاهر لفظه يتضمن ذلك كله فانه من القليل والكثير الذي له أن يباشره بولايته في ماله ولكننا نقول قد عرفنا يقينا انه لم يرد بهذا اللفظ جميع ماله أن يفعله وانما يثبت بهذا اللفظ القدر المتيقن والمتيقن به هو الحفظ فلا يملك الا ذلك بمنزلة قوله وكلتك على قال واذا وكله بتقاضي دينه بالشام فليس له أن يتقاضي دينه بالمراق لان الوكالة تنقيد بتقييد الموكل وتقييده بموضع كتقييده بشخص بأن يوكله بتقاضي دينه على فلان فكما أن هناك الوكالة لا تمدو الى غيره فكذلك هنا وهذا لانه انما يستعين بغيره فيما يجز عن مباشرته بنفسه وقد يجز عن مباشرة القبض ليدونه في موضع دون موضع قال واذا وكل ذى مسلما بتقاضي خمر له على ذى كرهت للمسلم أن يقبض ذلك لان المسلم مأمور بالاجتناب عن الخمر ممنوع من الاقتراب منها وفي القبض اقتراب منها ولان التوكيل بقبض الدين من وجه توكيل بتملك الدين لان الديون تقضي بأمثالها فالوكيل يملك المطلوب ما في ذمته بما يقبضه وتوكيل الذى المسلم بملك الخمر لا يجوز الا أن هنا يجوز ان قبض في حق براءة الغريم لانه من وجه تبيين لما كان مملوكا للطالب دينا فكان كالوكيل بقبض الدين ومن وجه يتضمن التملك ولكن لا يتوقف هذا على فعل الوكيل (الآ ترى) أن المطلوب اذا أتى بالدين فوضعه بين يدي الطالب أو وكيله برئ فلما كان اتيانه لا يستدعي فلما من الوكيل قلنا يجوز ولمكان أن فيه تملك الخمر من وجه قلنا يكره توكيل المسلم به قال واذا قال الرجل للرجل اقض عني فلانا من مالك ألف درهم ثم أقضيكها فقال المأمور قد دفعتها الى فلان وصدقه الامر فان الطالب يأخذ الأمر بما له لان دعوى المأمور للقضاء كدعوى الآمر بما له بنفسه وهو غير مصدق فيما يدعى من قضاء الدين الا بحجة فكذا المأمور لا يصدق ولكن اذا حلف الطالب أخذ ماله من الغريم ولا شيء للمأمور على الأمر لانه أمره بدفع يكون مبرئا له عن

حق الطالب ولم يوجد ذلك حين لم يستفد البراءة ولانه وكله بان يملكه ما في ذمته يبدل يعطيه من مال نفسه ولم يكن ذلك حين رجع عليه الطالب بدينه فهو نظير ما لو وكله بان يملكه عينا في يده بنميره بشرائه له وهناك لو قال اشتريته وتقدت الثمن من مالي وجحد ذلك صاحب العين وأخذ متاعه لم يكن للأمر أن يرجع على الأمر بشيء فكذلك هنا قال وإذا وكل الوصي وكبلا بدفع دين على الميت أو وصية الى صاحبها فهو جائز لانه يملك مباشرة الدفع بنفسه فيستعين فيه بنميره أيضا ولو وكل وكبلا وسماه في هذا الكتاب فدفع بنميره ينعلم ان يكتب براءة فلا ضمان عليه لانه أمين في المال المدفوع والقول قول الأمين في براءة ذمته مع اليمين الا أن يكون ممالا يدفع الا بشهود فحينئذ يضمن اذا دفع بنمير شهود لانه نهاء عن الدفع واستثنى دفعا بصفة وهو أن يكون بشهود فاذا دفع بنمير شهود فهذا الدفع لم يكن مأمورا به فصار غاصبا ضامنا وان قال الوكيل قد اشهدت وجحد الطالب أن يكون قبض ولم يكن للوكيل شهود الا قوله أشهدت كان الوكيل بريئا من الضمان بعد أن يحلف على ذلك لانه أخبر باداء الامانة فالقول قوله مع يمينه (ألا ترى) أن فيما تقدم جعل إخباره باصل الدفع مقبولا براءته لانه مسلط على ذلك فكذلك خبره بالدفع بالصفة التي أمر بها يكون مقبولا لكنه محتمل فقد يشهد على الدفع ثم ينيب الشهود أو يموتون فلا يقدر على احضارهم وعلى هذا لو قال لا تدفع الا بمحضر من فلان فدفع بنمير محضر منه كان ضامنا لما قلنا قال ولو وكله بدفع مال لفلان عليه له فارتد الوكيل ثم دفعه اليه جاز لان المدفوع مال الموكل والدفع تصرف من الوكيل من متاع نفسه لافي ماله ولا حق لورثته في ذلك فكان دفعه بعد الردة كدفعه قبلها فان ارتد الموكل قبل ردته أو لحق بدار الحرب فقال الوكيل دفعت المال قبل أن يرتد فالقول قوله لانه أخبر بما كان مسلطا عليه وكان خبره مقبولا في براءته عن الضمان وان دفع الموكل المال الى صاحبه ثم دفع الوكيل المال الذي أمر بدفعه اليه وهو لا يعلم بدفع الموكل فلا ضمان عليه قال وهذا مثل اخراجه من الوكالة وقد بينا أن اخراجه من الوكالة لا يصح في حقه ما لم يعلم به دفعا للضرر عنه فهذا مثله فان قيل هذا اخراج حكما لان الدين لا يبقى بعد قضاء الموكل فيكون قضاؤه تفويتا للمحل وذلك عزل حكيم فلا يتوقف على العلم قلنا لا كذلك فان دفع الموكل بنفسه ليس موجب العزل حكما ولكن يتضمن منع الوكيل عن الدفع لانه لا يحصل المقصود بدفعه بعد ذلك (ألا ترى) أن الطالب لو وجد المقبوض زيوفا

فرده على المطلوب كان الوكيل على وكالته فتبين أن هذا بمنزلة عزله قصدا لا حكما فيتوقف على علمه به وكذلك لو وهب الطالب المال للمطلوب أو أبرأه منه فهذا بمنزلة العزل قصدا فلا يثبت في حق الوكيل إذا لم يعلم به ولا يصير ضامنا للمال بدفعه بل يرجع المطلوب بالمال على الطالب إن بين هو لكونه مالكا وإنشاء الوكيل لكونه دافعا وقد تبين أنه لم يكن للقبض حق القبض منه ولودفعه إليه الوكيل وهو يعلم بذلك فهو ضامن له لأنه انزل عن الدفع حين علم بسقوط الدين عن المطلوب فإذا دفعه كان ضامنا ويرجع به على الذي قبضه منه لأنه ملك المقبوض بالضمآن وقد قبضه منه بغير حق وكان له أن يرجع به عليه وقد فرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الوكيل بإداء الزكاة وهذا فرق قد بيناه على أصل السكل في كتاب الزكاة فلو لم يكن شيء من ذلك ولكن الطالب ارتد ثم دفع الوكيل إليه بالمال فإن قتل على رده أو لحق بدار الحرب فدفع الوكيل إليه باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه تصرف منه في كسب اسلامه وقد تعلق به حق ورثته فكان تصرفه فيه موقوفا عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن الوكيل لا يصير ضامنا إلا أن يعلم أن قبضه لا يجوز بعد رده فإذا علم ذلك حينئذ يضمن لأن دفع الضرر عن الوكيل واجب وإذا علم اندفع الضرر عنه ودفع المال على وجه لم يحصل مقصود الأمر فصار ضامنا وإذا لم يعلم فهو محتاج إلى دفع الضرر عنه وقد امتثل أمره في الدفع ظاهرا فلا يصير ضامنا كما بينا * وهذه المسائل المدودة التي يضر العلم فيها وهي خمس جمعناها في غير هذا الموضع قال وإذا ضمن الوكيل لعلمه رجع في مال المرتد الذي اكتسبه في الردة لأنه قبضه منه بغير حق حين لم يحصل للمطلوب البراءة بهذا القبض فكان ديننا عليه في كسب رده ولا يجوز أن يكون الواحد وكيلًا للمطلوب في قضائه ووكيلًا للطالب في الاقتضاء كما لا يجوز أن يكون المطلوب وكيلًا للطالب في قبض الدين من نفسه وهذا لأن في القبض معنى المبادلة من وجهه فلا يتولاه الواحد من الجانبين كالبيع والشراء قال والتوكيل بالتقاضي والقبض جائز إن كان الوكيل حاضرا أو غائبا صحيحا أو مريضا لأنه تفويض إلى غيره ما هو من خالص حقه ولا ضرر فيه على الغير فإن القبض معلوم بجنس حقه لا يتفاوت فيه الناس وعلى المطلوب أن يقضى الدين ولا يخرج الوكيل ولا الطالب إلى التقاضي مع أن للتقاضي حقا معلوما إذا جاوزه منع منه بخلاف الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله فإن مات المطلوب فالوكيل على وكالته في تقاضي ذلك من مال الميت فإن الدين لم يسقط

بموت المطلوب بل قضاؤه من تركته مستحق وابتداء التوكيل بالتقاضي بعد موته صحيح
فبقاؤه أولى ولو كان الموكل هو الميت بطلت الوكالة لان المال صار ميراثا لورثته ولم يوجد
التوكيل منهم بقبضه فان قال قد كنت قبضته في حياة الموكل ودفعتة اليه لم يصدق في ذلك
لانه أخبر بما لا يملك انشاء فسكان متهما في الاخبار وقد انزل بموت الموكل والدين قائم
ظاهرا فلا يقبل قوله في ابطال ملك قائم لا وارث وان لم يمت الطالب ولكنه احتال بالمال على
آخر وأبرأ المطلوب منه لم يكن للوكيل ان يقبضه من المحتال عليه ولا من الأول لانه لم يبق
في ذمة الأول شيء والتوكيل كان مقيدا بالتقاضي والقبض منه فلا يملك به القبض من غيره
وهو المحتال عليه فان نوى ماعلى المحتال عليه ورجع على الاول فالوكيل على وكالته لان الحوالة
لم تبطل الوكالة ولكن تعذر على الوكيل مطالبة المحيل كما كان فبقى الوكيل على وكالته وكذلك
لو اشترى الموكل بالمال عبدا من المطلوب فاستحق العبد من يده أو رده بسبب هو فسخ من
الاصل فعداد دينه كما كان فبقيت الوكالة وكذلك لو كان قبض الدراهم فوجدها زيوفا لان
بالرد بسبب الزيف انتقض القبض من الأصل فبقى الوكيل على وكالته ولو أخذ الطالب منه
كفيلا لم يكن للوكيل ان يتقاضى من الكفيل لان التوكيل مقيد بالتقاضي من الأصل فلا
يملك به التقاضي من غيره فلو قال الطالب لرجل اذا حل مالى على فلان فتقاض أو قال اذا قدم
فتقاضه أو قبض ماعليه كان جائزا لان التوكيل اطلاق وهو يحتمل التعليق بالشرط والاضافة
الى وقت وكذلك لو قال اذا أدته شيئا فانت وكيلي في قبض ماعليه فقد أضاف التوكيل بالقبض
الى حال وجوب الدين كالمستثنى للوكيل في ذلك الوقت ولو قال انت وكيلي في قبض كل
دين لى وليس له دين يومئذ ثم حدث له دين كان وكيفا في قبضه أما على طريقة الاستحسان
فغير مشكل لما بينا وعلى طريقة القياس فكذلك لان الدين اسم للواجب في الحال حقيقة ولما
استجيب مجاز ولم تكن الحقيقة مرادة هنا فتعين المجاز وفيما تقدم كانت الحقيقة مرادة فانتفى
المجاز ولو قال اذهب فتقاض دينى على فلان فله أن يقبضه لان المقصود من التقاضي القبض
والمأمور بالشئ يكون مأمورا بتحصيل المقصود به ولا يكون وكيفا في الخصومة لان قوله
اذهب فتقاض دينى بمنزلة قوله اذهب واقبضه وهذا اللفظ بمنزلة الرسالة بالقبض فلا يصير
به وكيفا بالخصومة الا ان يصرح بلفظة التوكيل قال ولو كتب في ذكر الحق ومن قام بهذا
الذكر فهو ولى مافيه أو وكيل يقبضه لم تكن هذه الوكالة شيئا لانه توكيل لمجهول

بالقبض وهو باطل قال ولو كتب فيه ان فلانا وكلني وكلا في قبض هذا الحق كان جائزا
لانه توكيل المعلوم وذلك صحيح يتم للموكل في حقه ولا يتوقف على حضرة الوكيل قال ولو
وكله قبض دينه على رجل فقبضه كان بمنزلة الوديعة عند الوكيل لانه في القبض عامل للموكل
فكان الموكل قبضه بنفسه ثم دفعه اليه ليحفظه فان وجده الوكيل زيوفا أو ستوقا فردده فانه
ينبغي في القياس ان يضمن ولكن استحسن ان لا أضمنه فقد جمع في السؤال بين التفصيلين
والمراد بالجواب أحدهما وهو الزيوف فاما في الستوق فلا يضمن بالرد قياسا واستحسانا لانه
وكيل قبض دينه والستوق ليست من جنس دينه فلا يصير به قابضا دينه حتى لو تجاوز به
في الصرف والسلم لا يجوز فرد المقبوض لانه باق على ملك من قبضه منه وهو على وكالته
في قبض دينه وجه القياس في الزيوف انه من جنس دينه فصار به قابضا ويجعل في الحكم كان
الموكل قبضه بنفسه ثم دفعه اليه ليحفظه فاذا رده على غيره صار ضامنا وهذا لان الوكالة
انتهت بالقبض فهو في الرد كأجنبي آخر ووجه الاستحسان أنه مأمور بقبض أصل حقه بصفته
وقد تبين انه لم يقبض الصفة ولا يتوصل الى قبض الصفة الا برد الزيوف فصار مأمورا به
من جهة الموكل دلالة * توضيحه ان قبض الدين فيه معنى التمليك من وجهه والزيادة عيب في
الدرهم والوكيل بالتمليك بموض يملك الرد باليب كالوكيل بالبيع والشراء قال وان وكله
بتقاضي حنطة له على رجل فقبضها ووجد بها عيبا فردها فهو جائز لانه تبين انه مما قبض
حقه فيرد المقبوض ليقبض الحق بصفته وفيه منفعة للآمر لانه لو هلك المقبوض قبل الرد
بطل حقه من الصفة فكان في الرد احياء حقه وان لم يكن بها عيب فاستأجر لها من يحملها
لم يجب الأجر على الأمر لانه متبرع بالحمل فأداء الكراء عليه فان الأمر لم يأمره بذلك
قال الا أن يكون في المصّر فاستحسن ان أجعله عليه وفي القياس هو متبرع هنا كافي الأول
وفي الاستحسان قال الظاهر هنا انه يأمره بالقبض في المصّر ليحمله الى منزله لانه ان أراد
الأكل جملة الى منزله وان أراد البيع فكذلك لان قيمة الحنطة في المصّر لا تختلف بالسوق
وغيره فاما خارج المصّر فان كان مراده البيع فربما يبيعه هناك ولا يحمله الى المصّر اذا كان
أنفع له من التزام الكراء فلا يكون أمره بالقبض أمرا بالحمل الى منزله ولان المؤنة في الحمل
الى المصّر ثقل فلا يكون على الأمر فيه كثير ضرر لو عدينا حكم الأمر الى الحمل فاما خارج
المصّر فالمؤنة تكثر فربما يتضرر به الأمر فلهذا لا يعمد حكم الوكالة الى الحمل وعلى هذا لو

وكله بقبض رقيق أو غنم فقبضها وانفق عليها في رعيها أو في كسوة الرقيق وطعامهم فهو متطوع في ذلك لأن الأمر بالقبض لا يعمدي إلى هذه الأشياء فهو متبرع فيها كسائر الأشياء قال ولو وكله بقبض دين له على أبي الوكيل أو ولده أو مكاتبه أو عبده فقال الوكيل قد قبضته وهلك في يدي وكذبه الأمر فالقول قول الوكيل لأن الوكالة لما صحت بالقبض من هؤلاء صار هو مسلطاً من جهة الأمر على الإقرار بالقبض لأن من ملك مباشرة الشيء يملك الإقرار به وتأويله في حق العبد إذا كان مديوناً أما إذا لم يكن مديوناً فتوكيله بالقبض يصح كتوكيله بالقبض من نفسه ولا يصح إقراره بالقبض لأن وجوب الدين فيما هو ملك المولى وفي بعض النسخ قال أو مكاتب ولده أو عبده يعني عبد الولد وهذا الجواب واضح وإن كان الوكيل عبداً فقال قد قبضت من مولاي أو من عبد مولاي وهلك مني فهو مصدق أيضاً لأنه صح التوكيل وملك إبراء الغريم بمباشرة القبض منه فكذلك بإقراره بالقبض منه قال وإن كان الوكيل أبا الطالب أو المطلوب فكذلك لأنه لا تهمة في إقرار الوكيل بالقبض منه وقد صح توكيله إياه بالقبض ولو وكل غيره أن يلزم رجلاً بماله عليه لم يكن وكيلاً بالقبض بخلاف الوكيل بالتقاضى فإن هناك التوكيل مضاف إلى المطلوب دون الدين لأنه يقول وكلتك بأن تلازم فلاناً فلا يعمدي ذلك إلى قبض الدين ولهذا يختار للملازمة أسفه الناس ومن يتأذى المطلوب بملازمته ومصاحبته ويختار للقبض الامناء فهذا لا يعمدي التوكيل بالملازمة إلى القبض قال ولو وكل المسلم مرتداً بقبض دينه فقبضه أو أقر بقبضه وهلك منه ثم قتل على رده جاز قبضه لأن قبول الوكالة صحيح فانه يتصرف به في منافعه لا فيما يتعلق به حق ورثته وكذلك إن كان الوكيل حريباً فقبضه ثم لحق بدار الحرب لأنه قبض بحكم وكالة صحيحة فبرئ الغريم وصار كأن الموكل قبضه بنفسه ثم دفعه إليه ليحفظه قال ولو وكل رجلاً بقبض دينه من فلان وأمره أن لا يقبضه الا جميعاً فقبضه كله الا درهما لم يجز قبضه على الأمر لأنه قد الامر بوصف مرغوب فيه فإن التجار يرغبون في قبض الحق جملة واحدة ويمتنعون من القبض متفرقاً فإذا لم يقبض الكل جملة لم يكن هذا القبض هو المأمور به فلا يستفيد الغريم به البراءة وللطالب أن يرجع عليه بجميع حقه وكذلك لو قال له لا تقبض درهما دون درهم فإن معنى هذا لا تقبضه متفرقاً فإذا قبض شيئاً دون شيء لم يبرأ الغريم من شيء قال وإذا ادعى الرجل أن فلاناً وكله بقبض دين له على هذا فلم يقر الغريم به ودفع المال إليه على الإنكار ثم أراد أن

يسترد منه لم يكن له ذلك لانه دفع اليه على وجه القضاء فلم يتبين الأمر بخلافه لا يكون له حق الاسترداد فان قاضى الدين ينقطع حقه عن المقتضى به من كل وجهه (ألا ترى) انه لو قضى الطالب ديناً على دعواه لم يسترد ما لم يتبين انه لا دين له عليه فكذلك اذا قضاه الوكيل بدعواه الوكالة وان أقر بالوكالة ثم أراد أن لا يدفع المال اليه فان القاضى يقضى عليه بالمال للوكيل على ما بينا ان المدينون يقضى الدين بملك نفسه وهو انما أقر بثبوت حق القبض له في ملكه وذلك جحد عليه إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله فانه يقول لا يجبره القاضى على الدفع اليه ولكن يقول له أنت أعلم ان شئت فاعطه وان شئت فاتركه لانه لم يثبت كونه نائباً عن الطالب في حق القضاء وولاية الاجبار بعد ثبوت كونه نائباً عنده ولكننا نقول قد ثبت ذلك بجبر الوكيل وتصديق المطلوب اذ ليس هنا مكذب لهما وكل خبر عند القاضى محمول على الصدق ما لم يأت له معارض ولكن اذا حضر الطالب وانكر الوكالة رجع على الغريم بماله لان الوكالة لا تثبت في حق الطالب لانكاره ولم يحكم ببراءة الغريم في حق الطالب أيضاً لان حجة الاجبار قاصرة على المطلوب والوكيل وثبوت الحكم بحسب الحجة قال وان أنكر المطلوب الوكالة فقال الوكيل استعافه انه ما وكلني ليستعافه على ذلك فان حاف برئ وان نكل عن اليمين قضيت عليه بالمال للوكيل لان نكوله كاتفراره ولم يصدق على الطالب حتى اذا أنكر الطالب ونكل عن اليمين وحاف ذلك كان له ان يأخذ ماله من الغريم وذكر الخصاص رحمه الله هذا الفصل في كتابه وقال لا يحلف المطلوب على الوكالة في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يحلف على العلم وجه قولهما ظاهر وذلك لانه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فاذا أنكر حلفه ولكنه استخلاف على فعل الغير فيكون على العلم وأبو حنيفة رحمه الله يقول الاستخلاف يبنى على صحة الدعوى وما لم يثبت كونه نائباً عن الأمر لا تصح دعواه على المطلوب فلا يكون له ان يحلفه وهذا نظير الاختلاف فيما اذا ادعى المشتري عيب الاباق في المبدل الحال وجحد البائع ان عندهما يحلف البائع على العلم وعند أبي حنيفة رحمه الله لان الخصومة في العيب لا تكون إلا بعد ثبوتها في الحال وبدون سبب الخصومة لا يستحلف وان أقر المطلوب بالوكالة وأنكر الدين فلي قول أبي حنيفة رحمه الله يستحلف المطلوب وعنهما لا يستحلف لان الوكيل قبض الدين عنده بملك الخصومة وقد تثبت الوكالة في حقه باقراره قال واذا دفع لرجل الف درهم وقال ادفعها الي فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبسها عنده كان القياس ان

يدفع الألف التي احتسبت عنده الى الموكل ويكون متطوعا فيما أمره لان أمره بالدفع كان مقيدا بالمال المدفوع ففي دفع مال الأمر هو كاجنبي آخر فيكون متبرعا في القضاء بمال نفسه لدين الغير ويرد على المطلوب ماله لانه ملكه دفعه اليه لمقصوده وقد استغنى عنه وجه الاستحسان أن مقصود الأمر أن يحصل البراءة لنفسه ولا فرق في هذا المقصود بين الألف المدفوعة الى الوكيل وبين مثلها من مال الوكيل والتقييد اذا لم يكن مقيدا لا يعتبر ثم الوكيل قد يتلى بهذا بأن يجد الطالب في موضع وائس معه مال المطلوب فيحتاج الى أن يدفع مثله من مال نفسه ليرجع به في المدفوع اليه وقد بينا أن هذا توكيل بالمبادلة من وجه وهذا القدر يصح من الوكيل بالمبادلة ولا يكون هو متبرعا فيما يدفع على ما سبق بيانه . قال واذا دفع رجل الى رجلين الف درهم يدفعها لها الى رجل فدفعها أحدهما فهو ضامن للنصف في القياس لان كل واحد أمين في النصف مأمور بدفعه الى الطالب فاذا دفع أحدهما الكل كان متمديا في نصيب صاحبه فيكون ضامنا وليكنه استحسن فتال لاضمان عليه لان دفع المال الى الغير لا يحتاج فيه الى الرأي فينفرد كل واحد من الوكيلين ولان صاحب الحق اذا ظفر به كان له أن يأخذه من غير دفع أحدهما والذي دفع كانه يمينه على حقه وصاحب الحق هو القابض في الحقيقة وهو قبض في الحقيقة لحق فلا يوجب الضمان على أحد فان قال خذ أنت يا فلان هذا الألف فاقضها فلانا أو أنت يا فلان فادفعها الى فلان فايهما قضى جاز لانه رضى بدفع كل واحد منهما على الانفراد حين خيراها ولو قال لرجل اقض عني هذه الألف درهم فلانا أو فلانا فايهما اقضى جاز لانه رضى بدفعه الى أيهما شاء والحاصل أن الوكالة حكمها اباحة التصرف للوكيل وفي المباحات حرف أو يتناول كل واحد من المذكورين على سبيل التخيير بينهما كقول الرجل لغيره كل هذا الطعام أو هذا والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في الرهن

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل متاعا فقال بعه أو ارهن به لي ففعل فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله سواء كان الرهن مثل الثمن أو أقل بما لا يتغابن الناس فيه لان الامر بالارتهان مطلق فيجرى على اطلاقه ما لم يتم دليل التقييد وعندهما لا يجوز إلا أن يرهن رهنا هو مثل الثمن أو أقل بما يتغابن الناس فيه بناء على أصلهما أن التقييد

يحصل بدلالة العرف ولو باعه ولم يرتن به رهنا لم يجز البيع لان الأمر قيد التوكيل بما فيه منفعة له وهو الارتهان بالثمن ليكون حقه مضمونا وليندفع عنه ضرر الثواء عند موت المشتري مفلسا فاذا باعه ولم يرتن به لم يحصل مقصوده الذي صرح به فلا ينفذ تصرفه فيه كما لو قال بعه واشترط الخيار ثلاثة أيام فان قيل قوله وارتهن أمر مبتدأ معطوف على الأول فلا يتقيد به الأمر الأول كما لو قال بع واشهد قلنا لا كذلك فان هذه الواو بمعنى الحال أي بعه في حال ما ترتن بالثمن مع أنا نقول قوله وارتهن يقتضي الأمر بما يستبد به وذلك برهن مشروط في البيع ليصير ذلك حقا له فكانه قال بعه بشرط أن ترتن بالثمن رهنا وما قلنا في قوله واشترط الخيار بخلاف الأشهاد فان ذلك لا يكون شرطا لازما في البيع وان ذكر فلا يتقيد به الأمر بالبيع ولو قال بعه برهن ثقة فارتن رهنا أقل منه بما يتغابن الناس فيه جاز وان كان أقل منه بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لانه قيد الارتهان هنا بأن يكون ثقة وهو عبارة عما يكون في ماله وفاء بالدين فيتقيد به الا أن قدر ما يتغابن الناس فيه لا يمكن التحرز عنه فكان عفوا قال وان ارتن رهنا ثقة وقبضه ثم رده على صاحبه جاز رده في حق نفسه لانه بمنزلة العاقد لنفسه والارتهان لاستيفاء الثمن وحق القبض الى الوكيل حتى لو أبرأ المشتري منه كان صحيحا فاذا رده عليه الزاهن بسبب كان صحيحا أيضا ولكنه يصير ضامنا له ولم يذكر خلاف أبي يوسف رحمه الله هنا قيل علي قوله لا يصح رد الرهن بناء على الاصل الذي ذكرنا وقيل لا يصح هنا لانه ليس فيه ابطال شيء من الثمن وهو من صنع التجار فيملكه قال وان وضعه علي يدي عدل فهو جائز لان كون الرهن علي يدي عدل أو علي يدي الوكيل سواء في حق الموكل وهو اختصاصه الرهن عند تعذر استيفاء دينه من محل آخر ولم يقيد الأمر بيد الوكيل فلا يتقيد به وليس للموكل قبض الرهن لان المشتري ما رضى بقبضه انما رضى بقبض العدل أو قبض الوكيل ورضاه معتبر في ملكه وكذلك الجواب في القرض برهن في جميع ما ذكرنا قال واذا دفع الى رجل مائة درهم فقال له ائت بها فلانا وقل له ان فلانا أقرضك هذه على أن تعطيه بها رهنا وأمرني أن أقبض الرهن منك فأتيه به فقبل وقبض الرهن فهو جائز والرهن مقبوض وللأمر أن يقبضه من الوكيل لانه جملة رسولا حين أمره أن يضيف ما يقول له الى الأمر وقد بلغ الرسالة وليس علي الرسول التبليغ الرسالة فأما شيء من الحقوق لا يتعلق بالرسول فكان للأمر أن يقبض الرهن من

الوكيل وان يطالب المستقرض بدينه الا أن الرهن يتم بقبض الرسول لانه نائب عن
المرسل في قبضه لثابته فتم الرهن بقبضه واذا هلك في يده هلك من مال الآمر وان قال اقرض
أنت وخذ بها رهنا لم يكن للآمر أن يأخذ الرهن من الوكيل لانه بمباشرة العقد كان وكيل
لا رسولا فقد أضاف العقد الى نفسه فتعاق حقوقه به وانما رضى المستقرض بكون الرهن
في يده دون غيره فلهذا لا يكون للآمر أن يأخذه بخلاف ما سبق وان هلك في يد الوكيل هلك
من مال نفس الآمر أيضا لانه عامل له فيما صنع فقبضه كقبض الآمر قال وان دفع اليه
ثوبا يساوى عشرة دراهم ووكله ان يرهنه بعشرة ففعل وقبض العشرة فان كان قال للذي
أعطاه المال ان فلانا أرساني اليك بهذا الرهن لتقرضه عشرة دراهم وتترهن هذا الثوب منه
بدرهم فالدراهم للآمر والوكيل فيها أمين لانه أخرج الكلام مخرج الرسالة حين أضافه الى
الآمر فالتعد العقد للمرتهن مع الآمر حتى لا يكون للرسول ان يسترد هذا الثوب ولا
يكون هذا مطالبا بالعشرة وان كان قال للمقرض أقرضني عشرة دراهم وارهن هذا الثوب
منى فالعشرة للوكيل لانه أضاف العقد الى نفسه فلم يكن رسولا ولا يمكن ان يجعل وكلا
لان التوكيل بالاستقراض لا يجوز فان المستقرض ياتزم بدل القرض في ذمته ولو قال بع
شيئا من مالك على ان يكون ثمنه لي لا يصلح فكذلك اذا قال التزم العشرة في ذمتك على
أن يكون عوضه لي وكان التوكيل بالاستقراض قياس التوكيل فكان باطلا والعشرة للوكيل
وله أن يمنحها من الآمر وان هلك من ماله وليس هذا الخلاف منه للآمر وان كان قال
استقرض لي ما بينا ان التوكيل لما لم يصلح فاستقرضه لنفسه ولنيره في الحكم سواء وهذا
تقييد غير مفيد فلا يكون معتبرا قال وان كان قال له صاحب الثوب قل فلان يقرضني
واعطه هذا الثوب برسالتى رهنا عني فأضاف الوكيل العقد الى نفسه كان مخالفا ضامنا للثوب
ولا يجوز رهنه لان صاحب الثوب جعله رسولا وكلاهما فيكون ذلك اذا منه له في اضافة
العقد الى نفسه قال ولو دفع اليه عبدا فقال له إئت فلانا وقل له ان فلانا يستقرضك الف
درهم ويرهنك هذا العبد ففعل ذلك وأخذ الألف واعطاها الا امر ثم جاءه بالمال فأمر
الراهن ففضاه لم يكن له ان يقبض العبد الا أن يوكله رب العبد بقبضه لانه فيما صنع كان
رسولا وقد انتهت الرسالة بالتبليغ فيكون هو في استرداد العبد كأجنبي آخر فلا يملكه إلا
بأمر جديد وارساله بالمال على يده لا يتضمن الأمر له بقبض العبد فان قبض العبد فمطب

عنده فهو ضامن كما لو قبضه أجنبي آخر قال فان كان المرتهن هو الذي دفعه اليه فللمالك الخيار
يضمن أيهما شاء قيمته بالغة ما بلغت لان كل واحد منهما غاصب في حقه وان أخذه بغير أمره
فالمرتهن لا يصير ضامنا بهذا شيئا ولكن صاحبه بالخيار ان شاء ضمن القيمة القابض وان شاء
رجع على المرتهن بما قضاؤه وجعل الرهن تأديا فيسقط الدين به ويسترد منه ما قضاؤه وهذا
بمنزلة مالهو غصب المرهون من المرتهن غاصب فللراهن الخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته
وان شاء جعله تأديا فلا يرجع المرتهن عليه بشيء اذا كان في قيمته وفاء بالدين وان قضاؤه دينه
استرده منه فهذا مثله قال ولو وكله ان يرتهن ثوبا له بدراهم قرضا فذهب الوكيل فقال ان
فلانا يقول لك اقبض هذا الثوب رهنا واعطه كذا وكذا درهما فزاد على ما سمى له أو نقص
فجعل ذلك المقرض لم يكن الثوب رهنا في الوجهين لان الوكيل خالف أمره على وجه هو أضر
على الموكل لانه ان نقص عما سمى له فنقصود الموكل لم يحصل ولم يرض هو أن يكون ثوبه
مضمونا بأقل مما سمى له وان زاد على ما سمى له فالموكل لم يرض بأن يكون ثوبه محبوسا
عنده بأكثر مما سمى فمرفنا انه مخالف في الوجهين قال فان جاء الوكيل الى الموكل بدراهم
مثل ما سمى له فاعطاها اياه فهو دين له عليه لانه لما خالف صار مستقرضا لنفسه وان أضاف
العقد الى غيره ثم اعطاه الموكل على سبيل القرض فيكون ذلك دينا للوكيل على الموكل ولا
يكون الثوب رهنا بها وانما يصير رهنا عند الوكيل والموكل لم يرض بذلك والوكيل في أصل
العقد كان مخالفا فلماذا لم يكن الثوب رهنا والمرتهن ان يرجع على الوكيل بما قبض منه
والوكيل ضامن له لما بينا أنه صار كالمستقرض لنفسه أو كالتقايض لما له بغير حق فان كان
المرتهن صدقه في الرسالة فالوكيل مؤتمن ان هلك الدراهم في يده لم يضمن للمرتهن شيئا
لانهما تصادقا على انه غير مخالف بل هو مؤد للرسالة على وجهها أمين في المقبوض وان قال
دفعها الى رب الثوب فالتقول قوله في براءة نفسه عن الضمان ولا يصدق في ايجاب الضمان
على رب الثوب لانهما لا يصدقان في حق رب الثوب بزعم أن الرسول خالف ما أمره به
وان لم يدفع اليه شيئا فلماذا لا ضمان عليه وان قال الوكيل انما أمرتني ان أرهنه بخمسة عشر
وقال رب الثوب أمرتك بمشرة أو بمشرين ففي الوجهين القول قول رب الثوب لانه لو
أنكر الارسال كان القول قوله فكذلك اذا أقر به مقيدا بصفة فالتقول قوله مع يمينه فاذا
حلف كان هذا والفصل الأول سواء قال واذا وكله أن يرهن له ثوبا بشيء ولم يسم ما يرهنه فما

رهنه به من شيء فهو جائز لان التوكيل مطلق فيجربى على اطلاقه اذا لم يتم دليل التقييد فيه ودليله عندهما في غير هذا الموضع العرف ولا عرف هنا فالرهن قد يكون بالقليل والكثير عادة قال وليس للتوكيل بالرهن ان يوكل غيره به لان هذا عقد يحتاج فيه الى الراى والموكل رضى برأيه دون غيره وليس للتوكيل المرتن ييمه لان ذلك ليس من موجبات عقد الرهن (الآ ترى) أنه لا يملكه بمطلق عقد الرهن والتوكيل بالرهن لا يمدو ما هو من موجبات المقدم قفيا وراء موجب العقد الوكيل كاجنبى آخر قال ولو وضعه على يدى عدل جاز لان يد العدل كيد المرتن فى اتمام الرهن به والتوكيل بالمقدم يتضمن التوكيل بما هو من اتمامه وربما يكون كونه فى يد العدل انفع للراهن من كونه فى يد المرتن فلهذا يملكه بمطلق التوكيل فان كان قال له الموكل ما صنعت من شيء فهو جائز فان للتوكيل ان يوكل غيره بأن يرهنه وان يرهنه بنفسه وان يسلط المرتن على ييمه عند حلول المال لانه أجاز ييمه على العموم وهذا مما يقصد بمقد الرهن لان تمام المقصود فان المقصود استيفاء الدين منه واذا تمذر استيفاؤه من محل جاز استيفاؤه من محل آخر وذلك يكون بالبيع عند قيام العين قال وان وكل الوكيل وكلا رهنه فليس للثانى أن يسلط المرتن على البيع لان الثانى وكيل بالرهن مطلقا وتوكيل الاول اياه بذلك عند تفويض الامر اليه على العموم بمنزلة توكيل المالك اياه بذلك قال الا أن يفوض رب الثوب ذلك اليه ومراده ان تفويض الوكيل الاول الامر الى الثانى عاملا لا يطلق له لان هذا يسوى غيره بنفسه فى حق الغير وذلك لا يجوز فيحتاج الى تفويض الموكل ذلك اليه قال واذا وكل الرجل رجلا أن يتعين له دراهم فى شراء شيء معلوم وأعطاه رهنا يرهنه وقال له ما صنعت من شيء فهو جائز فتعين لرجل ورهن لرجل فان العينة للموكل وبيع العينة ما ورد الار بالنم فيه اذا اتبعتم اذ ناب البقر وتمدتم عن الجهاد فذلتم حتى يطمع فيكم وتفسير ما ذكر فى الجامع الصغير ان الرجل اذا استقرض من آخر شيأ فابى أن يقرضه الا بربح وعلم أن ذلك ربا فيبيع المقرض من المستقرض شيأ بساوي عشرة بخمسة عشر فيبيعه المقرض بشرة فلم له مقصوده وهو عشرة ويكون للمقرض عليه خمسة عشر فانما أراد بما ذكر فى الكتاب التوكيل بهذا النوع من الشراء والرهن وفعل الوكيل كفعل الموكل بنفسه فلهذا العينة للموكل فان كان قال للتوكيل ما صنعت من شيء فهو جائز كان له أن يبيع ما اشترى ليحصل الدراهم التى هى مقصود الموكل لانه أجاز صنعه على العموم والبيع من صنعه

وان لم يكن قال ذلك فليس له أن يبيع ما اشترى لانه وكيل بالشراء فلا يملك بعد الشراء البيع بمطابق التوكيل وهو نظير المستصنع ذلك وان حل الثمن فالمأخوذ به هو الوكيل لانه مباشر لمقد الشراء قابض للمشتري فيكون مطالباً بثمنه فاذا قضي الثمن من مال نفسه كان له أن يقبض الرهن ويكون أميناً فيه ان هلك قبل رده على الأمر ويرجع بما قضى به على الأمر لان شراءه أوجب الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل على الأمر وقد قضى ماوجب للبائع عليه فيرجع على الأمر بما استوجبه عليه ولو قال ائت فلانا وقل له ان فلانا يقول لك بمنى خادمك فلانا الى سنة بألف درهم فأبلغه الوكيل ذلك فقال قد فعلت فرجع الوكيل الى الأمر فأبلغه ذلك فقال قد قبلت فرجع الوكيل الى البائع فأخبره بذلك فقال قد أجزت فقد وقع البيع بينهما لان عبارة الرسول كعبارة المرسل واكثر مشايخنا رحمهم الله على أن قوله فرجع الوكيل الى البائع فأخبره فقال قد أجزت فصل غير محتاج اليه بل يتم البيع بقول البائع بعد تبليغ الرسالة فعلت وقول المرسل قبلت لان انعقاد البيع بلفظين هما عبارة عن الماضي وقد وجد ذلك كما لو كانا حاضرين فلا حاجة الى اجازته بعد ذلك قال رضى الله عنه والصحيح عندي أن الصواب ما ذكره محمد رحمه الله لان البائع وان قال قد فعلت مالم يعمل هذا المبلغ رسولا يقبضه والمرسل الاول ليبلغه فاذا بلغه فقال قد قبلت يوقف هذا التبليغ على اجارة البائع وما لم يتم ذلك التبليغ باجازه لم يتم البيع بقول المشتري قبلت فهذا ذكر هذه الزيادة قال فان قبض الأمر الخادم فالمال عليه الى سنة ولا شئ على الوكيل من ذلك وليس للوكيل أن يقبض الخادم لانه كان رسولا فتبليغ الرسالة يخرج من الوسط فصار كان المرسل عبر بنفسه أو كتب قال واذا وكل رجلين ان يرهنا له شئاً بكذا فرهنا أحدهما بذلك لم يجوز لانه عقد يحتاج فيه الى رأى فى تعيين من يرهن عنده والوضع على يدى مرتين أو على يدى عدل وقد رضى الأمر أيهما فلا ينفرد به أحدهما وان رهناه جميعا وشرط له أحدهما بيع الرهن جاز الرهن لاجتماع رأيهما فيه ولم يجوز ما ينفرد به أحدهما وهو التسليط على البيع حتى اذا باعه المرتن لا يجوز قال وان كان الموكل قد أمرهما بذلك فان كانا قالان فلانا يستقرضك كذا فأقرضه وقال أحدهما انه قد أمرنا أن يملك مسلطاً على بيعه اذا بدالك وسكت الآخر فلمقرض أن يبيعه لانهما كانا رسولين والرسول مبر عن المرسل وينفرد كل واحد منهما بتبليغ الرسالة فلماذا صح ما بلغه أحدهما من التسليط على البيع وان

كانا استقرضا له المال وقال أحدهما هذه المقاتلة لم يجز للمرتبن ان يبيعه لما بينا أنهما يكونان مستقرضين لأنفسهما فان التوكيل بالاستقراض لا يجوز واذا عملا لأنفسهما لم يصح تسليط أحدهما المرتن على البيع من جهة نفسه لان صاحبه لم يساعده على ذلك وعندهما مباشرتهما العقد لا ينفرد أحدهما بالتسليط على البيع ولا يصح ذلك من جهة الأمر لان الرهن لم يثبت من جهة الأمر وهو ما رضى بالتسليط على البيع اذا لم يكن الرهن من جهته قال فان وكله أن يرهن له ثوبا بدراهم . سماء فرهته عند نفسه ودفع الدراهم الى الأمر ولم يبين له الأمر لم يكن الثوب رهنا لانه أمره بأن يرهنه بأن يرتنه واذا رهته عند نفسه كان مرتنه لاراها وهو أمين في هذا الثوب والقبض بحكم الرهن قبض ضمان فلا يصلح ان يجعل يده التي هي أمانة يد ضمان بحكم العقد ولكنه يبقى آمينا في الثوب وان هلك لم يضمه لانه لم يصنع في الثوب شيئا هو مخالف لما أمره به بل هو حافظ للثوب وبذلك أمر والدراهم قرض له على الأمر وكذلك ان رهته عند ابن له صغير لانه هو القابض لهذا الرهن فهو وما لو رهته عند نفسه سواء وكذلك ان رهته عند عبده ولا دين عليه لان كسب العبد مملوك للمولى فهذا وما لو رهته عند نفسه سواء قال ولو كان رهته عند ابنه وهو كبير أو عند مكاتبه أو عند عبده له تاجر وعليه دين كان جائزا لانه لا ضرر فيه على رب الثوب معناه ان حكم الرهن واحد وهو انه مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين سواء رهته من أجنبي أو من هؤلاء ولا تتمكن تهمة الاضرار بالأمر في تصرفه مع هؤلاء فهذا صريح فان كان الوكيل في ذلك عبدا تاجرا أو غير تاجر أو مكاتبا أو صبيفا كان قال ان فلانا يقول لك أقرضني كذا وامسك هذا رهنا فهو جائز لانه أخرج الكلام مخرج الرسالة وهو أهل للعبادة فيكون صالحا لتبليغ الرسالة وان كان قال أقرضني وامسك هذا رهنا لم يجز في حق الصبي والعبد المحجور لانهما يكونان مستقرضين لأنفسهما والاقرض من الصبي والعبد المحجور لا يصح لانه التزم الضمان بالعقد وليس من أهله وجاز في حق غيرهما لان المكاتب والعبد التاجر يملكان الاستقراض وان كانا لا يملكان الاقراض قال ولو كان تاجرا وعليه دين فرهته فان قال له اقرض فلانا فهو جائز لان العبد يصلح ان يكون معبرا بين مولاه وبين الأمر وقد أخرج الكلام مخرج الرسالة وان قال أقرضني وامسك هذا رهنا لم يكن رهنا لان المولى لا يستوجب على عبده شيئا اذا لم يكن العبد مديونا فاذا لم يجب الدين لم يثبت حكم الرهن في الثوب قال واذا

وكل الذي المسلم ان يرهن له عبدا ذميا بخرم أو يرهن له خيرا بدراهم فان أضافه الوكيل الى الأمر وأخبر به على وجه الرسالة صح لان صحة تبليغ الرسالة ينبنى على صحة العادة ولا يصير الرسول عاقدا وكان هذا وما لو بلغه كتابا كتب به الأمر سواء وان قال أقرضني لم يكن رهنا لانه عاقدا لنفسه والمسلم لا يعقد على الأمر بالخمر استقراضا ولا رهنا بها بالدين لان الرهن يكون مضمونا للراهن على الرهن ولا يجوز ان تكون الخمر مضمونة للمسلم على الذي واذا قال لرجل ائت فلانا وقل له اقرضني الف درهم وامسك هذا العبد عندك رهنا بها فلما خرج من عنده أشهد أنه قد أخرجه من الوكالة فلم يبلغ ذلك الوكيل حتى رهن العبد فان الرهن جائز لما بينا ان حكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب حتى يبلغه وهو خاطبه بال عزل والنهي عن تبليغ الرسالة فلما لم يبلغه لم يثبت ذلك في حقه فلماذا جاز رهنه وان أرسل اليه بذلك رسولا أو كتب اليه كتابا فرهنه بذلك لم يجز يعني اذا وصل اليه لان حكمه يثبت في حقه بالوصول اليه فان لم يصدقهما الرهن بذلك فالقول قوله لانه متمسك بما هو الأصل وهو ثبوت الوكالة حتى يظهر العزل الا أن يقيم البيينة على أن الرسول قد أبلغه اخراجه من الوكالة قبل ان يرهنه فيثبت الثابت بالبيينة كالثابت بالمعينة قال وان كان رب العبد باعه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو رهنه أو سلمه ولم يعلم به الوكيل حتى رهنه فالرهن باطل لانه بما أحدث من التصرف خرج المحل من أن يكون محلا للرهن أو أخرج نفسه من أن يكون مالا فيه التصرف الذي فوضه الى الوكيل فيتضمن عزل الوكيل حكما والعزل الحكمي لا يتوقف على العلم بل ثبوته لضرورة ثبوت ذلك الحكم قال وان كان الموكل رهنه ثم افتكه ولم يعلم به الوكيل حتى رهنه لم يجز رهنه لان مقصود الموكل قد تم بما باشره بنفسه وبالاتسكاف لا يفسخ رهنه من الأصل بل يقرر حكمه لان الرهن انما يعقد الى وقت الفسكاف فكان التسكاف تقديرا لافسحا فلماذا لا يملك ان يرهنه بعد ذلك بخلاف ما اذا وكل يبيعه ثم باعه بنفسه ثم انفسخ يبيعه من الأصل بسبب فالوكيل على وكالته لان مقصود الأمر لم يتم بما صنع ولان بانفساخه من الأصل صار ذلك المقد كان لم يكن وكذلك اذا وكل الأمر آخر برهنه فرهنه فقد خرج الاول من الوكالة لان فعل وكياله كفعله بنفسه وان كان الاول رهنه ثم وكل المولى برهنه وجلا ثم افتكه المولى ثم رهنه الثاني فهو جائز لان التوكيل لما حصل في حال لا يملك مباشرة الرهن بنفسه عرفنا ان مقصوده اضافة التوكيل الى حال

الفكاك من الرهن الأول بخلاف الفصل الأول فإن هناك حضر الوكيل في وقت هو متمكن من أن يرهنه فإذا زال تمكنه من ذلك تضمن عزل الوكيل وهو بمنزلة من وكل وكيلان يزوجه امرأة وتحتة أربع نسوة صارت هذه الوكالة مضافة الى ما بعد مفارقة احدها اذا فارق احدها ثم زوجها الوكيل صح ومثله لو تزوج بنفسه بعد التوكيل أربع نسوة انزل الوكيل والذي يوضح الفرق ما بينا انه اذا كان التوكيل بعد ما رهنه فقد علمنا ان مقصود الآمر بما صنمه بعد التوكيل عزل الوكيل به قال واذا رهن الوكيل عبدا للموكل ثم انه ناقض المرتهن أو أجره اياه أو باعه فلا جارة والبيع باطل لانه أنشأ تصرفا سوى المأمور به أما مناقضة الرهن فان كان قال ان فلانا يستقرضك وقد رهنك هذا فنناقضته باطالة لانه بتبليغ الرسالة خرج من الوسط وليس هو من العقد في شيء فنناقضته كمنناقضة أجنبي آخر فيكون باطلا ويكون ضامنا للعبد ان قبضه على هذا وان كان المستقرض هو أو الراهن فالمنافضة جائزة لانه هو المباشر للعقد والحاجة في المناقضة الى رضا المرتهن وقد رضى به (ألا ترى) انه لو أراد رد الرهن لم يكن للراهن ان يأتي ذلك فاذا صححت مناقضته كان هو مؤتمنا في العقد لانه قبضه بحق وعادت يده فيه كما كانت وليس له أن يرهنه ثانية لان المأمور بالشئ لا يملك أن يكرره فان الأمر المطلق لا يقتضي التكرار ومناقضة الرهن مقصورة على الحال فلا يتبين أن الرهن الأول لم يكن حكما قال وان وكله ان يرهنه فرهنه ثم كتب عليه الشراء فأقر الوكيل والمشتري انه رهنه وانه انما كتب الشراء سمعة في القياس هذا لا يكون رهنا وهو ضامن لانه خالف أمره فيما أظهر وجعل ملكه في العين بمرض الهلاك بما كتب به من حجة الشراء أو لانه مأمور بتصرف باطنه كظاهره وقد أبى بتصرف باطنه بخلاف ظاهره فصار ضامنا ولكنه استحسن فقال هذا ظاهرا فيما بين الناس انهم يعقدون الرهن بهذه الصفة وقد أمره بالرهن مطلقا فيملك به ما هو متعارف بين الناس والضرر الموهوم الذي قلنا في وجه القياس قد اندفع بالاشهاد على اقرار المشتري انه رهن وليس بشراء قال وان وكله بأن يرهن عبدا له بألف درهم فقال رهنته عند فلان وقبضت منه المال وهلك ودفعت اليه العبد وانما قلت له أقرض فلانا فانه أرسلني اليك بذلك وبذلك أمره الموكل وصدقه المرتهن وقال الموكل لم يقبض هذا القرض ولم يرهن العبد فالقول قول الموكل مع يمينه لان المال بهذه الطريق يجب للمقرض على الأمر لاعلي الوكيل كما لو عاينا هذا

التصرف فانما حصل اقرار الوكيل بوجوب المال للمقرض على الآمر واقاراره ليس بحجة عليه في الزام المال في ذمته لانه انما سلطه على مال عين يقبضه له ولم يحصل ذلك بخبره فلهذا كان القول قوله لانكاره مع يمينه قالوا ولو كان الوكيل الذي استقرض المال هو الذي أقرض العبد وبذلك أمره رب العبد كان المال ديناً عليه دون الموكل لما بينا أن التوكيل بالاستقراض باطل وكان العبد رهناً بالمال لأن صاحب العبد قد رضى بأن يرهنه بما يستقرضه فصار في معنى المغير للعبد منه ليرهنه بدينه واعارة العبد من غيره ليرهنه بدينه صحيحة قال وإذا أذن الوكيل للمرتهن في ركوب الرهن واستخدامه ففعل فهو ضامن له لأن الوكيل لا يملك ذلك بالتوكيل بالرهن فاذنه فيه واذن أجنبي آخر سواء ويكون المرتهن مستعملاً ملك غيره بنيران صحيح فلهذا كان ضامناً قال وطعام الرهن وعلفه على الموكل وإن كان الوكيل استقرض المال لنفسه لأن النفقة على المالك وهو الموكل ولأن النفقة له فانه لو هلك في يد المرتهن حتى صار قاضياً لدينه رجع عليه الموكل بمثله فلهذا كانت النفقة عليه بخلاف المستمار للانتفاع فان النفقة هناك للمستعير دون المغير فيقال اما ان تنفق لينتفع به واما ان ترده على صاحبه لينفق على ملكه وكذلك المكان وأجر رعى النعم على الموكل لما بينا انه هو المالك المنتفع به بخلاف أجر الحافظ فان الحفظ على المرتهن فكان أجر الحافظ عليه والمكان الذي يحفظ فيه عليه أيضاً فاما الرعى فلا يس على المرتهن فلا يكون أجر الراعي عليه أيضاً فيكون ذلك على المالك والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في قبض الوديعة والعارية

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلاً بقبض أمانة له في يد رجل فقال ذو اليد قد دفعتهما إلى الموكل فالقول قوله مع يمينه لأن مطالبة الوكيل إياه بالرد كمطالبة الموكل ودعوى الأمين الرد على الموكل أو على الوكيل مقبولة لانه سلط على ذلك ولانه مجبر بإداء الأمانة الا أنه يقبل قوله في إبرائه عن الضمان الا في إيجاب الضمان عن الغير حتى اذا ادعى الرد على الوكيل وحلف لم يضمن شيئاً وكذلك لا يضمن اذا جحد وحلف وان وكل رجلين بقبض عبده وديعة فقبضه أحدهما بنير أمر الآخر لم يجز وهو ضامن لانه رضى برأيهما وأمانتهما فلا يكون راضياً بأمانة أحدهما ولو قبضه ثم أودعه أحدهما من

الآخر جاز لانهما متشلا أمره في القبض ثم لا يقدران علي الاجتماع علي حفظه آناه الليل والنهار وهو لا يحتمل التبعض ليحفظ كل واحد منهما نصفه ولما استخفظهما علي علمه بذلك فقد صار راضيا بترك أحدهما عند صاحبه ولكن انما يعتبر هذا فيما يطول وهو استدامة الحفظ فأما في ابتداء القبض فيتحقق اجتماعهما عليه من غير ضرر فهذا لا ينفرد به احدهما وكما يجوز لاحدهما أن يودعه من الآخر يجوز لهما أن يودعا عيال أحدهما لان يدعيال المودع في الحفظ كيد المودع كما اذا كان المودع واحدا وهذا لان المرء انما يحفظ المال بيد عياله عادة وان وكل يقبضه رجلا أجنبيا فالذي كان عنده الوديعة ضامن الا أن يصل الي الوكيلين لان الحفظ يتفاوت فيه الناس لتفاوتهم في أداء الامانة فلا يملك الوكيل بوكيل الاجنبي وصار تسليم المودع الي الاجنبي بعد هذا التوكيل كتسليمه قبله فكان المودع ضامنا الي أن يصل الي الوكيلين فحينئذ وصوله الي يدهما كوصوله الي يد الوكيل في براءة الدافع له عن الضمان ولو وكل رجلا يقبض وديعته فقبض بعضها جاز لان الوديعة قد تكون بحيث لا يمكن حمل كلها جملة واحدة فيحتاج الي أن يحملها شيئا فشيئا ولا ضرر علي الموكل في قبض الوكيل بعضها الا أن يكون أمره أن لا يقبضها الا جميعا فحينئذ لا يجوز له أن يقبض بعضها أو يصير ضامنا له لان الموكل قيد أمره ونهاه عن القبض الا بصفة فكل قبض لا يكون بتلك الصفة فهو قبض بغير اذن المالك فكان موجبا للضمان وان قبض ما بقي قبل أن يهلك الاول جاز القبض عن الموكل لانه قد اجتمع الكل عند الوكيل واندفع ضرر التفريق عن الموكل فكانه قبض الكل دفعة واحدة ولو وكله بعبد له يدفعه الي فلان وديعة فآناه فقال ان فلانا استودعك هذا فقبله ثم رده علي الوكيل فهلك فلرب العبد أن يضمن أيهما شاء لان الوكيل حين أضاف الايداع الي الأمر فقد جعل نفسه رسولا وتبليغ الرسالة يخرج فكان هو في الاسترداد كاجنبي آخر فيصير المودع بالدفع اليه غاصبا وهو بالقبض كذلك فله أن يضمن أيهما شاء ولو قال له الوكيل قد أمرك فلان أن تستخدمه أو تدفعه الي فلان ففعل فهلك العبد فالمستودع ضامن ان كان كذب الوكيل لانه باستعمال ملك الغير بغير اذن المالك أو بدفعه الي غيره يصير غاصبا ولا يضمن الوكيل شيئا لانه لم يوجد منه فعل متصل بالعين انما غره بخبره أو أخبره زورا وذلك غير موجب للضمان عليه كمن قال لغيره هذا الطريق آمن فسلكه فأخذ متاعه لم يضمن المخبر شيئا ولو وكله بقبض وديعة له عند فلان

أو عارية ثم مات الموكل فقد خرج الوكيل من الوكالة لا تنقل الملك إلى الوارث ولم يوجد من الوارث الرضا بقبضه وإن قال الوكيل قد كنت قبضتها في حياته وهلكت عندي أو دفعتها إلى الميت فالقول قوله بخلاف الدين لأن المودع لو ادعى هنا الرد على الوكيل كان القول قوله وإن لم يصدقه الوكيل فإذا صدقه أولى وفي الدين لو ادعى المديون قضاء الدين وجد الوكيل لم يقبل قوله فكذلك إذا صدقه الوكيل لأن قول الوكيل ليس بحجة في حق الوارث فتصديقه كتكذيبه في الفصلين قال ولو وكل رجل عبد رجل بقبض وديعة له عند مولاه أو عبد غيره فباع المولى العبد أو أعتقه أو كاتب أمة فاستولدها فالوكيل على وكالته لأن ما عترض لا ينافي ابتداء التوكيل فلا ينافي بقاءه بطريق الأولى قال وإذا وكل رجلا بقبض عبد له عند رجل فقتل العبد خطأ كان للمستودع أن يأخذ قيمة العبد من عاتلة القاتل لأنه مأثور بالحفظ وحفظ الشيء بامساك عينه في حال قيامه وببدله بعد هلاكه ولأن يد المودع كانت ثابتة على العبد والقاتل جان على حقه بثبوت يده فكان له أن يأخذ القيمة من عاتلته وهو مذهبتنا فاما عند الشافعي رحمه الله فليس للمودع أخذ القيمة لأنه مودع في العين فتعذر ولايته على العين ولا تعدى إلى محل آخر فما دامت العين باقية بملك أحد يجوز له استردادها فاما بعد هلاك العين فلا يكون له أن يخاصم في القيمة ثم فرق علماؤنا رحمهم الله بين المودع والوكيل قالوا ليس للوكيل بالقبض أن يقبض القيمة لأنه نائب في القبض وإنما أنابه الموكل في قبض العبد دون القيمة وقد يختار المرء بقبض شيء دون شيء لادائه في الأعيان دون النقود فاما المودع فقد كانت له يد ثابتة على العين فأزالها القاتل بجنايته فله أن يسترد القيمة من عاتلته بحكم يده المعتبرة شرعا حتى لو كان الوكيل قبض العبد ثم قتل عنده كان له أن يأخذ القيمة أيضا لأنه بعد القبض صار مودعا فيه ولو جنى على العبد قبل أن يقبضه الوكيل فأخذ المستودع الأرض فالوكيل أن يقبض العبد ولا سبيل له على الأرض لأنه أمين من جهة المالك في قبض العبد وذلك لا يتعدى إلى قبض الأرض اعتبارا للجزء بالكل وكذلك لو كان المستودع أجره بأذن مولاه لم يكن للوكيل أن يقبض الأجر ولو كانت أمة فوطئت بالشبهة لم يكن للوكيل أن يقبض المهر لما بينا أن المالك إنما أنابه مناب نفسه في قبض العبد فلا يصير به نائبا في قبض ما انقلب من العين دراهم فإن ولو وكله بقبض أمة أو شاة فولدت كان للوكيل أن يقبض الولد مع الأم لأن الولد جزء من عينها وقد ثبت له حق القبض في جميع أجزائها بالوكالة فلا يسقط

عن هذا الجزء بالانفصال بخلاف ما اذا ولدت قبل الوكالة لان حق القبض يثبت له بالتوكيل وعنده ذلك الولد شخص وليس بجزء ثم تقول الولد من جنس الأصل ولا يبقى محفوظا الا مع الأم ومقصود الموكل من هذا التوكيل صيانة ماله فلمذا يتعدى أمره الى ما يلد بعد ذلك ولا يتعدى الى الارش والمقد لانه ليس من جنس الأصل ويبقى محفوظا منفصلا من الأصل فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يقبض المنفصل قبل الوكالة فلنا نم ولكن هناك لو كان مقصوده قبض الولد مع الأصل أمكنه ان ينص في التوكيل عليها لكون الولد موجودا عند التوكيل فاما ما ينفصل بعد ذلك فما كان الموكل يعلم به لينص في التوكيل على قبضه فلماذا يتعدى حكم الأمر اليه وثمرة البستان بمنزلة الولد لانه متولد من الأصل ولو كان المستودع باع الثمرة في رؤس النخيل بأمر رب الأرض لم يكن له أن يقبض الثمن لان ائتمانه اياه في قبض البستان لا يكون ائتمانا في قبض الدراهم بخلاف الثمار فان ائتمانه اياه في قبض البستان يكون ائتمانا في قبض الثمار التي تولد من الاشجار عادة (ألا ترى) أن ما يحدث بعد قبضه من الثمار يكون أمانة عنده باعتبار رضا المالك به وكما لا يقبض ثمن الثمار لا يقبض ثمن ولد الجارية ولا قيمته اذا ألقاه متلف قال واذا كانت الوديعة مما يكال أو يوزن فوكله بقبضه فاستهلكها رجلا وقبض المستودع مثلها من المستهلك ففي القياس ليس للوكيل ان يقبض المثل لان المثل في ذوات الامثال كالقيمة فيما لا مثل له وهذا لانه أذن له في قبض الدين فلا يتعدى اذنه الى عين أخرى ومثل الشيء غيره ولكنه استحسن فقال له أن يقبض المثل لان رضاه بأمانته لا يختلف باختلاف العين وانما يختلف باختلاف الجنس فقد يؤدي الانسان الأمانة من الجنس والقيمة ليست من جنس العين فائتمانه اياه في العين لا يتعدى الى ما ليس من جنسه فأما المثل من جنس المتلف فائتمانه اياه في تلك العين يقتضي الائتمان في المثل الذي هو من جنسه وهذا لان التعيين معتبر فيما يفيد دون مالا يفيد (ألا ترى) أن تعيين النقود في المقود معتبر في تعيين جنس النقد ولا يعتبر في استحقاق تلك العين حتى كان للمشتري ان يتقدم مثله ولم يكن له ان يتقدمه من جنس آخر فهذا مثله قال أرايت لو أكلها المستودع أما للوكيل ان يأخذ منه مثلها والجواب فيما استشهد به وفيما استشهد له سواء قال وادا وكله بقبض وديعة له عند رجل ثم قبضها الموكل ثم استودعها اياه ثانية لم يكن وكيلا بقبضها علم بذلك أو لم يعلم لان قبض الموكل ثم مقصوده فانزل الوكيل ولان ابداعه ثانيا عقد جديد والتوكيل باسترداد وديعة بحكم عقد لا يتعدى

الى استرداد وديعة بعقد آخر كما لا يتعدى من عين الى عين أخرى وكذلك لو قبضها الوكيل
أولا ودفعها الى الموكل ثم استودعها الأول لم يكن للوكيل ان يقبضها منه لان الوكالة قد
انتهت باسترداد الوكيل اياها فكان هو في استردادها في المرة الثانية كأجنبي آخر فرب الوديعة
أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الوكيل لم يرجع على المستودع لانه في قبضها ما كان عاملا
للمستودع وان ضمن المستودع رجع على الوكيل لانه مكنها بالضمان وما رضى بقبض الوكيل
له وحالها كحال غاصب الناصب مع الأول وهذا اذا لم يصدقه على انه وكيل في المرة الثانية
وقد بينا وجوه هذه المسئلة فيما سبق ولو وكله قبض الوديعة وقال اقبضها اليوم في القياس
ليس له ان يقبضها غدا لان الوكالة تنوّهت بالتوقيت فاذا وقفها باليوم انتهت الوكالة بمضي
اليوم كمالو جعل أمر امرأته بيدها اليوم لم يكن لها أن تختار نفسها غدا ولكنه استحسن فقال
ذكر اليوم ليس لتوقيت الوكالة بل للتعجيل في قبضه بمنزلة قوله اقبضها الساعة ولو قال ذلك
كان له أن يقبضها بعد تلك الساعة فكذلك هنا * توضيحه انه لو قال اقبضها كان له ان يقبضها
مضى شاء فقوله اليوم سكوت عما بعده وذلك لا يكون عز لاعما كان نائبه بطلاق الأمر
مخلاف قوله لامرأته أمرك اليوم بيدك لانه لو قال أمرك بيدك اليوم كان مقصورا على
المجلس فقوله اليوم لم تحكم الأمر الى آخر اليوم فاذا مضى اليوم خرج الأمر من يدها
لانه ليس في الغد أمر نائب لها ولو قال اقبضها بمحضر من فلان قبضها وهو غير حاضر جاز
لما قلنا انه لو قال اقبضها كان له أن يقبضها سواء كان فلان حاضرا أو لم يكن فقوله بمحضر
من فلان سكوت في غير هذه الحال فيبقى ما كان على ما كان (الآثرى) انه لو قال اقبضها
بشهود كان له ان يقبضها بغير شهود بخلاف ما او قال لا تقبضها الا بمحضر من فلان فانه
هناك نهاء عن القبض واستثنى قبضا بمحضر من فلان وكل قبض لا يكون بمحضر من فلان
فهو مما يتناوله النهى لعمومه دون الاذن قال واذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة
ما وكلتك وحاف على ذلك وضمن المستودع رجع بالمال على القابض ان كان عنده بمينه لانه
ملكه بإداء الضمان وان قال هلك منى أو دفعته الى الموكل فهو على التقسيم الذي قلنا ان
صدقه المستودع بالوكالة لم يرجع عليه بشئ وان كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه
كان له أن يضمنه لما قلنا ولو وكل رجلا قبض دابة استأجرها من رجل قبضها الوكيل
وركبها فهو ضامن لها لان المالك انما رضى بركوب المستجير دون الوكيل والركوب يتفاوت

فيه الناس فرب راكب يروض الدابة ركوبه والاخر يتلف الدابة ركوبه فلماذا كان الوكيل ضامنا ولا يرجع به على الموكل لانه في الركوب ما كان حاملا له ولا كان مأمورا به من جهته قالوا وهذا اذا كانت الدابة بحيث تنقاد للسوق من غير ركوب فان كانت لا تنقاد فلا ضمان على الوكيل لان صاحب الدابة لما دفعها الى الوكيل ليأتي بها المستعير مع علمه انها لا تنقاد الا بالركوب فقد صار راضيا بركوبه قال واذا وكل المكاتب وكيلا بقبض وديعة أو دين له على رجل ثم رد المكاتب في الرق فقبضها الوكيل جاز وكذلك لو كان الموكل عبدا تاجرا فحجر عليه مولاه لانه فيما باشر الايداع بنفسه أو المعاملة حق القبض اليه بعد الحجر حتى لو قبضه بنفسه جاز فكذلك يبقى الوكيل على وكالته ولو أن رجلا وكل رجلا بقبض وديعة له وجعل له أجرا مسمى على أن يقبضها فيأتيه بها فهو جائز لانه استأجره لعمل غير مستحق عليه وهو حمل الوديعة اليه وذلك عمل معلوم في نفسه فيجوز الاستئجار عليه فان كان ديننا يتقاضاه لم يجوز الا أن يوقت له أياما لان عمل التقاضي ليس بمعلوم المقدار في نفسه فلا يجوز الاستئجار عليه إلا ببيان المدة كالبيع والشراء ولو وكله بالخصومة وجعل له أجرا كان فاسدا الا أن يوقت أياما لانه استأجره لعمل غير معلوم في نفسه فلا يصح الا ببيان المدة وان وكل الوصي وكيلا بدفع وديعة أو دين أو قبضهما كان جائزا لان الوصي في التوكيل قائم مقام الموصي والله أعلم

باب الوكالة في الهبة

(قال رحمه الله) ويجوز للواهب أن يوكل وكيلا بالتسليم لانه عمل تجزي فيه النيابة واذا وقع فيه الغلط يمكن تداركه فيقوم فعل الوكيل فيه مقام فعل الموكل وكذلك يجوز للموهوب له أن يوكل بالقبض والصدقة نظير الهبة في ذلك فان التسليم والقبض في ذلك بمنزلة الايجاب والقبول في البيع والشراء والتوكيل به يصح واذا وكل الواهب بالتسليم والموهوب بالقبض وقاما جميعا فامتنع وكيل الواهب من التسليم فخاصمه وكيل الموهوب له وأقام البينة أن صاحب العين وكله بدفعها اليه قبلت البينة وأجبر الوكيل على دفعه لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فراه من هذا الاخبار انه لا يمكنه أن يمنع العين لأن يجبره على مباشرة فعل فان وكيل الموهوب له أن يقبضه بأمر الواهب اذا لم يمنعه أحد من ذلك فهو بهذه البينة ثبت عليه

انه ليس له حق المنع فاذا ثبت ذلك قبضه وكيل الموهوب له بنفسه واذا ادعى مدع في ذلك دعوى لم يكن واحد من هذين الوكيلين خصما في خصومته لان كل واحد منهما أمين في هذه العين والأمين لا يكون خصما لمدعى الامانة ما لم يحضر صاحبها وليس لو وكيل الواهب أن يرجع في الهبة سواء كان وكلا بالتسليم أو بمقد الهبة لانه سفير ومعبّر فانه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل وتكون هذه الهبة تبرعا من جهة الموكل دون الوكيل فكما باشر عقد الهبة وسلمت انتهت الوكالة والتحق بأجنبي آخر فلا يملك الرجوع لان ثبوت حق الرجوع في الهبة لقوات ماهو المقصود وهو العوض وهذا هو المقصود للموكل دون الوكيل قال ولو أراد الواهب أن يرجع في الهبة وهي في يد وكيل الموهوب له لم يكن له أن يرجع ولم يكن الوكيل خصما له فيه لان يد الوكيل كيد الموكل والعوض مقصود من جانب الموكل دون الوكيل فالتبض ثابت محض فانهت الوكالة بقبضه (ألا ترى) أنه لا يستغنى عن الاضافة الى الموكل فيقول سلم الى ماوهبت لفلان ولا يقول ماوهبت لي وكذلك الوكيل بقبول الهبة لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل بأن يقول هب لفلان كذا حتى او قال هب لي كان العقد للوكيل دون الموكل بخلاف الوكيل بالشراء اذا قال بع مني لان الانتقال الى الموكل هناك يوجب ضمان الممين على الموكل للوكيل وليس في عقد الهبة ضمان الثمن فلماذا جعل ملتصقا بالعقد لنفسه اذا لم يصفه الى الأمر قال ولو وهب رجلا لرجل شيئا ثم وكلا رجلا بأن يدفعه اليه جاز وكذلك لو وكلا رجلين أو وكل كل واحد منهما رجلا على حدة لان كل واحد من الوكيلين نائب عن موكله ويجوز نيابة الواحد عن الواحد وعن الاثنين فان دفعه أحدهما اليه أو قبضها من غير دفع جاز لانها حين وكلا هذين بدفعها فقد سلطا الموهوب له على قبضها وقد بينا أنه ينفرد بالتبض عند وجود التسليط من الواهب تصريحاً أو دلالة قال واذا وهب الذمي للذمي خمر أو خنزير أو كل الموهوب له بتبضها مسلماً أو وكل الواهب بدفعها الى الموهوب له مسلماً فهو جائز لان الوكيل غير مملك ولا يملك بل هو نائب في القبض أمين في المقبوض والمسلم يجوز أن يكون نائباً عن الذمي أميناً له في قبض الخمر والخنزير قال ولو وكل الموهوب له رجلين بقبض الهبة قبضها أحدهما لم يجز لانه رضى بأمانتهما فلا يكون راضياً بأمانة أحدهما لان الموهوب له يملك القبض بنفسه من غير دفعها وكذلك عند دفع أحدهما وعلى هذا لو وكل الوكيل غيره بدفعها جاز ولو وكل وكيل الموهوب له

تقبضها لم يجز الا أن يكون الموكل قد له ما صنعت من شيء فهو جائز فحينئذ له ان يوكل غيره بذلك لانه اجاز صفة على العموم والتوكيل من صفة قل واذا وكل رجل رجلا ان يهب الثوب لفلان دلي عوض يقبضه منه فعمل ذلك غير ان الدوس أقل من قيمة الهبة فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله في اعتبار اطلاق اللفظ فان اسم الدوس يتناول القليل والكثير ولا يجوز في قولها الا أن يكون الدوس مثل الموهوب أو دونه بما يتناهن الناس في مثله بناء على أصلهما في تقييد مطاق اللفظ باعتبار المادة قال واذا وكل الموهوب له وكلا بأن يموض ولم يسمه فدفع عوضه من عروض الموهوب له لم يجز لان ما أمر بدفعه مجهول جهالة مستدركة لا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل فكان التوكيل باطلا بمنزلة قوله بع شيئا من مالي واستبدل شيئا الا ان يكون قال له عوض له من مالي ما شئت فحينئذ يكون له أن يموض ما شاء لانه فوض الأمر الى رأيه على العموم وان قال له عوض عني من مالك على اني ضامن له فوضه عوضا جاز ورجع بمثله على الأمر ان كان له مثل وبقيته ان لم يكن له مثل لانه باشتراط الضمان على نفسه يصير مستقرضا منه بموض له من ملك نفسه والمستقرض مضمون بالمثل ان كان من ذوات الأمثال أو بالقيمة ان لم يكن من ذوات الأمثال وجهالة ما يموضه هنا لا تمنع صحة الأمر لانه في أصل التعويض متصرف في ملك نفسه وتعيينه في ملك نفسه صحيح وانما يرجع عليه بحكم الضمان والجهالة لا تمنع صحة الضمان اذا كان المضمون له والمضمون عنه معلومين والعوض وان كان مجهولا الا أن ذلك لا يمنع صحة الاستقراض اذا كان عند الافتراض معينا معلوما فان هناك هو في أصل التعويض نائب فلا يملك التعيين الا على وجه ان يكون موافقا لمقصود الموكل وذلك لا يحصل مع جهالة الجنس قال ولو أمره ان يموضه من ملك نفسه ولم يشترط الضمان على نفسه فعوضه لم يرجع على الأمر بشيء لان التعويض غير مستحق عليه فلا يكون هو مستقضا عنه بهذا التعويض ما هو لازم عليه بخلاف الأمور بقضاء الدين من ملك نفسه فان الدين مستحق على الأمر هناك فاذا أمره ان يسقط عن ذمته ما هو مستحق عليه ثبت له حق الرجوع عليه بما يؤدي من ملك نفسه ولان المديون يملك ما في ذمته بقضاء الدين والمعوض عن الهبة لا يملك بالتعويض شيئا فلهذا فرقنا بين الفصلين قال وللاوهاب أن يوكل وكلا في الرجوع بالهبة لانه يملك المطالبة به بنفسه ويحكم به الحاكم عند طلبه فكذلك عند طلب وكيله له قال ولو وكل رجلين بذلك لم

يكن لاحدهما أن ينفرد به دون صاحبه لانهما وكيلان بالقبض فان الرجوع في الهبة لا يتم الا بأبواب اليد علي الموهوب وقد يئان الوكيلين بالقبض لا ينفرد أحدهما به دون صاحبه قال ولو وكل رجلا أن يقبض له ديناً من فلان فيدفعه الى فلان هبة منه له فهو جائز لانه وكله بشيئين يقبض الدين ثم بمقد الهبة في المقبوض ويجوز التوكيل بكل واحد منهما على الانفراد فكذلك يجوز التوكيل بهما وتوكيله بهبة دين يقبضه من مديونه كتوكيله بهبة عين يدفعها اليه فيصح كل واحد منهما لانه يضيفه الى ملك نفسه وكذلك لو أمر المديون أن يدفع اليه فدفعه فهو جائز لان أمره اياه بالدفع يكون تسليطاً للآخر على القبض فان قال الغريم قد دفعت اليه فصدقه الموهوب له فهو جائز وان كذبه لم يصدق الغريم لان دعواه الدفع الى الموهوب بمنزلة دعواه الدفع الى الواهب فان صدقه ثبت الدفع وان كذبه لم يثبت لان الدين مضمون في الذمة لا يستفيد البراءة عنه بمجرد قوله قال ولو وكل وكيلاً يقبضه منه ودفعه الى الموهوب له فقال الغريم قد دفعه الى الوكيل وقال الوكيل قد دفعته الى الموهوب له فالغريم والوكيل بريئان فتصديق الوكيل لاختياره باداء الامانة ولكن لا يصدق الوكيل على الموهوب له لان قول الامين انما يقبل في براءته عن الضمان لانه ادعى ثبوت وصول شيء الى غيره فلا يثبت بقوله وصول الهبة الى الموهوب له حتي لا يرجع الواهب عليه وكذلك الرجل يهب ماعلي مكتابه لرجل ويأمر آخر بقبضه ودفعه الى الموهوب له فان دين الكتابة في هذا بمنزلة غيره من الديون في الحكم والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في المتق والكتابة

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلاً بمتق عبده على مال أو غير مال فله أن يمتقه في ذلك المجلس أو بعبده لان التوكيل مطلق وهذا بخلاف مالو قال لعبده أعتق نفسك لان ذلك تمليك وليس بتوكيل لان العبد في المتق عامل لنفسه فلا يكون نائباً عن غيره وجوب التمليك يقتصر على المجلس (ألا ترى) أن هناك لا يملك الرجوع عنه قبل أن يمتق العبد نفسه وهنا يملك اخراج الوكيل مثل الوكالة قبل أن يمتقه ثم ليس للوكيل أن يقبض المال هنا لان المتق تبرع وان كان بمال (ألا ترى) أن الاب والوصي لا يملكانه في عبد اليتيم وقد يئان الوكيل بالتبرع نائب محض وان المتق هو المولى دون الوكيل (ألا ترى)

أن الولاء يثبت للمولى والشرع انما أثبت الولاء لمن أعتق ولأنه انما يطالب بقبض البدل من تتوجه عليه المطالبة بتسليم المبدل والوكيل بالعتق لا يكون مطالبا بشيء من جهة العبد ولا يكون اليه قبض البدل بل المولى هو الذي يقبض لأن مباشرة نائبه كمباشرة بنفسه قال ولو وكله أن يعتقه فدبره لم يصح لأنه تصرف سوى مأموره به فان التدبير اضافة العتق الى ما بعد الموت أو تعليق العتق بالموت والمأمور بالتعجيل لا يملك التعليق ولا الاضافة وعلى هذا لو قال أنت حر غدا أو ان دخلت الدار أو أعتقه على مال لأنه تعليق بشرط قبوله فيكون بمنزلة تعليق بشرط آخر ولأنه مأمور بالتبرع المحض وربما يكون له فيه مقصود نفوت ذلك باشتراط العوض وهو الجواز عن كفارته وكذلك لو كاتبه فان الكتابة عقد آخر سوى مأموره به فلهذا لم يصح منه وكذلك لو وكل آخر باعثقه لأن مطلق التوكيل لا يثبت للوكيل ولاية توكيل الغير به فانه يساوي تأثيره بنفسه في حق الغير وذلك لا يصح ولأن التوكيل بالعتق ليس باعتاق وهو انما أنابه مناب نفسه في الاعتاق خاصة قال ولو وكله أن يعتقه غدا فأعتقه اليوم كان مخالفا لأنه أضاف وكالته الى وقت في المستقبل فلا يصير وكالا قبل مجيء ذلك الوقت قال ولو وكله أن يعتقه اليوم فأعتقه غدا جاز استحسانا وقد تقدم نظيره وقد بينا أن المقصود بذكر اليوم التعجيل وهو لا يفسد الوكالة بالوقت بمنزلة قوله أعتقه الساعة فانه يصير وكالا بعته ما لم يزل عنه قال ولو وكل صبيا أو عبدا أن يعتق عبده على مال أو غير مال أو كاتبه فهو جائز لأنه من أهل العباد ومباشرة هذا العقد انما تكون بالعبادة قال ولو وكله أن يعتقه ألبته على مال أو غير مال ثم دبره المولى فالوكيل على وكالته وكذلك لو كانت أمة فاستولدها المولى لأن التدبير والاستيلاء لا يمتنان صحة الاعتاق بجعل أو غير جعل فلم يخرج المحل بتصرف المولى من أن يكون محلا لما فوضه الى الوكيل قال ولو وكله أن يعتق أمته فولدت قبل أن يعتقها لم يكن له أن يعتق ولدها لأنه أمره بعنق شخص واحد فلا يملك عتق شخصين ولأن الوكالة بالعتق ليست بحق مستحق في الام وانما يسرى على الولد ما كان مستحقا في الام قبل الانفصال للولد عنها (ألا ترى) أن الوصية لا تسرى الى الولد المنفصل قبل لموت الموصي لهذا المعنى والكتابة والبيع على هذا فان التوكيل بهما ليس بحق مستحق في الام فلا يسرى الى الولد المنفصل قبل ثبوت الاستحقاق في الام قال ولو وكله أن يعتق عبده أو مكاتبه أو يبيعه ثم باعه المولى فقد خرج الوكيل من الوكالة لأن الموكل بعد

البيع لا يملك فيه مباشرة التصرف الذي وكل الوكيل به فاقداه على البيع يتضمن خروج
الوكيل من الوكالة حكما فان رجع الى ملك المولى فان كان رجوعه بسبب هوفسخ للبيع من
الأصل فقد عاد اليه قديم ملكه وكان الوكيل على وكالته لان رجوعه من الوكالة كان حكما
لزوال ملكه فلا يظهر بعد عود ذلك الملك اليه وان كان بسبب هو تمليك فسد من وجه
كالدبايب بعد القبض بنير قضاء قاض أو بالا قالة أو الميراث لم تمد الوكالة لان تملكها كان
بذلك الملك والمائد ملك غير ذلك الملك قال ولو باشره أهل الحرب فادخلوه دارهم ثم رجع
الى الموكل بملك جديد بأن اشتراه منهم لم تمد الوكالة ولو اخذه المشتري منهم بالتمن أو بمن
وقع في سهمه من الناعمين بالقيمة فهو على وكالته لانه بالأخذ بهذا الطريق يعيده الى قديم
ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة بذلك الملك فاذا عادت الوكالة قال ولو وكله ان يمتق امته
ثم اعتقها المولى فارتدت ولحقت بدار الحرب فاست وملكها المولى لم يجز عتق الوكيل فيها
لانه كان مأمورا بإزالة رق كان فيها وقد زال ذلك باعتاق المولى وهذا الحادث رق متجدد
السبب فلا يكون هو وكيلا بإزالته الا بتوكيل مستأنف قال ولو أمره أن يمتق عبده فقال
الوكيل اعتقته أمس وجحد ذلك رب العبد لم يصدق الوكيل على ذلك لان الوكالة بالعتق
تنتهي بالفراغ منه فكيف يقبل اقراره وليس هو بوكيل في الحال بخلاف البيع والشراء فان
الوكالة تبقى بعد المباشرة لتعلق حق العقد بالوكيل * توضيحه ان الوكيل بالعتق معبر عن الموكل
وانما أمره بأن يمتق عنه انشاء العتق دون الافرار وكان هو في الافرار كأجنبي آخر سوى
المأمور به فلا يصير به ممثلا للأمر ويبقى المأمور على وكالته قال ولو وكله أن يمتق فقبل ذلك
ثم أبى أن يمتقه لم يجبر عليه لان الوكيل معبر لمنافه والمير غير مجبر على تسليم ما أعاره ولو
قال له الوكيل أنت حر ان شئت فقال قد شئت لم يمتق لانه مأمور بالتنجيز وقد أتى بالتطبيق
بمشيئة أو بتملك الأمر من العبد وكل واحد منهما غير مأمور به ولكنه يبقى على وكالته فاذا
أعتقه بعد ذلك كان صحيحا منه قال وان أعتقه بنير لسان العربية جاز لان المقصود إيصال
العبد الى شرف الحرية وذلك يحصل بأى لسان كان وبأى لفظ من العربية يكون كقوله
أنت عتيق او ممتق وحررتك وكما يحصل ذلك باللسان يحصل بالكتاب أيضا حتى اذا كتب
بعتقه جاز (الآرى) انه يشتره مكفرا فكذلك الوكيل يصير به ممثلا قال وان قال له اعتق

نفسك بما شئت فاعتق نفسه على درهم فهو جائز ان رضى المولى بذلك لان تقويضه في حق
البدل غير معتبر لانه مجهول الجنس والقدر فلا يقدر العبد على تحصيل المقصود للمولى يبقى
قول العبد اعتقت نفسي بدرهم فيوقف ذلك على رضا المولى به كما لو ابتداء العبد بهذا الكلام
وكذلك لو قال بع نفسك من نفسك بما شئت فباع نفسه من نفسه جاز ذلك اذا رضى
المولى به والطلاق في هذين الوجهين قياس المتق ولا يقال انه فوض الأمر في البدل الى
رأيه وهو لا يصلح نائباً عن المولى في قبول البدل على نفسه فكيف يصلح نائباً في تعيين جنس
البدل ومقداره قال وان وكله ان يعتق عبده على مال فاعتقه على درهم جاز في قياس قول
أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله في اعتبار اطلاق اللفظ ما لم يقم دليل التقييد ولا يجوز
عندهما الا بمثل القيمة أو بتقصان يسير بناء على أصلهما في ثبوت التقييد بدليل العرف قال
وان وكله أن يعتقه على شيء فاعتقه عليه من أصناف المال فهو جائز اما عند أبي حنيفة رحمه
الله فظاهر كما هو أصله في الوكيل بالبيع وعندهما هناك يتقيد مطلق اللفظ بالبيع لاعتبار
العرف ولا عرف هناك فان الاعتاق بغير النقود من الأموال متعارف كالاتاق بالنقود
فلهذا جاز له أن يعتقه على أى صنف من المال يسميه وان اختلف المولى والوكيل في جنس
ما أمره به من البدل أوفى مقداره فالقول قول المولى لان الاذن يستفاد من جهته فلا يثبت
في حقه الا ما يقرب به قال وان وكله ان يعتقه على جمل فاعتقه على خمر أو خنزير فاعتق جائز
وعلى العبد قيمة نفسه لانه امتثل أمره بما صنع فان العتق بالخر لو باشره المالك كان عتقا
بموضع لقيام شبهة المسالية في الخر وعلى العبد قيمة نفسه لفساد التسمية فكذلك اذا باشره
الوكيل ولو اعتقه على ميتة أو دم لم يجز لان هذا العتق لو باشره المالك كان عتقا بغير عوض
اذ ليس في الميتة والدم شبهة المالية فتسميته لا يصير ممثلاً لانعدام الرضا بالعتق مجانا والموكل
انما أمره بعتق بموضع فليس له أن يعتق بغير عوض قال ولو اعتقه على حكم العبد أو على
حكم الوكيل جاز العتق وعليه قيمته لان هذا العتق لو باشره الموكل كالعتق بموضع فكذلك
اذا باشره الوكيل غير ان ما يحكم به العبد أو الوكيل مجهول الجنس والقدر فلا تصح التسمية
وعند فساد التسمية يجب على العبد قيمة نفسه ولكن لا اشتراط أصل المال بهذا اللفظ ينعدم
الرضا بالعتق مجانا قال ولو قال اعتقه على هذا العبد فاعتقه عليه فإذا هو حر جاز العتق وعليه
قيمة نفسه لان قمل الوكيل كفعل الموكل بنفسه حين امتثل أمره فيما صنع وقد سعى ما هو

مال وهو العبد فاذا ظهرت حرية تبين به فساد التسمية فعليه قيمة نفسه ولو اعتقه على عبد واستحق جاز العتق وعليه قيمة نفسه في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله وفي قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله قيمة العبد المستحق وهي مروفة في كتاب البيوع ان في قوله الآخر يبيع العبد من نفسه بمال عند الاستحقاق ثم حكم بمبادلة المال بالمال وفي قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله في حكم بمبادلة المال بما ليس بمال عند الاستحقاق او الرد بالمعيب قال وان وكله أن يعتقه على جمل فاعتقه على شاة مذبوحة بيمينها أو على دن خل بيمينه فاذا الشاة ميتة والخل خمر فالعتق جائز في الخمر وعلى العبد قيمة نفسه والعتق باطل في الشاة لانه ليس في الميتة شبهة المالية فلا يصير بها العتق بموضع بخلاف الخمر ففيها شبهة المالية فيكون العتق بموضع عند ذكر الخمر فليس في تسمية الشاة ما يوجب اشتراط الموضع لان اسم الشاة يتناول الميتة كما يتناول المذبوحة بخلاف تسمية العبد فان اسم العبد لا يتناول الا ما هو مال فبذلك يثبت اشتراط الموضع ويصير الوكيل ممثلاً أمره قال واذا وكل الكافر المسلم بعتق عبده على جمل فاعتقه على خمر أو خنزير جاز لان الوكيل بالعتق بمال نائب محض لا يتعلق به شيء من الحقوق ولا يثبت له حق المطالبة بالبديل فيكون المعتبر فيه دين من وقع له العقد وهو المولى كما في النكاح والحل والخمر والخنزير مال متقوم في حق الكافر فلماذا صححت التسمية والكتابة في هذا قياس العتق بالجمل لان الوكيل بالكتابة سفير ومعبّر أيضاً قال واذا وكل العبد رجلاً ان يشترى له نفسه من مولاه ويسأله له العتق على مال فعمل ذلك الوكيل والمولى فالعتق جائز والمال على العبد وليس على الوكيل شيء هكذا ذكر هنا وذكر في موضع آخر من هذا الكتاب ان المال على الوكيل وهكذا اجاب في الجامع الا أن هنا في بعض النسخ قال ويسأله العتق وفي بعض النسخ قال يسأله له العتق فقال بعض مشايخنا رحمهم الله انما اختلفت الجواب لاختلاف الموضوع فقوله يسأله العتق تفسير لأول كلامه وبيان أنه جمل رسولاً الى المولى والمطالبة بالبديل لا تتوجه على الرسول في شيء من العقود فأما اذا وكله العبد فالجواب على ما قال في الجامع ان الوكيل هو المطلب بتسليم البديل وفي المسئلة روايتان وعيسى بن ابان رحمه الله قال في الصحيح ما ذكر هنا دون ما قاله في الجامع لان الوكيل من جانب العبد في العتق بجمل يكون سفيراً ومعبراً بمنزلة الوكيل من جانب المولى (الآرى) انه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الأمر

وانه ليس اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا تتوجه المطالبة بتسليم البديل كالوكيل من جانب المولى وجه رواية الجامع أن توكيله بشراء العبد لنفسه بمنزلة توكيله بشراء العبد لغيره فكما أنه هناك يصير المطلوب بتسليم البديل فكذلك هنا بخلاف الوكيل من جانب المولى فإن الذي في جانب المولى اعتاق بمال يشترطه والذي في جانب العبد التزام المال فالوكيل في جانب المولى يكون وكيلاً بالاعتاق فكان مبرراً لا تتعلق به حقوق العقد والوكيل في جانب العبد وكيل بالتزام المال فيكون بمنزلة الوكيل في البيع والشراء فزاد على هذا من البيان فقد أملينا في شرح الجامع قال ولو وكله (٢) وهذا بناء على أصليين أحدهما أن العتق يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يتجزأ والثاني أن عند أبي حنيفة رحمه الله تسمية النصف غير تسمية الكل والوكيل متى زاد على ما أمر به وأتى بغيره كان مخالفاً فهنا الموكل أمره باعتاق النصف وهو قد سمي الكل فصار مخالفاً فلهذا لا يعتق منه شيء وعلى قولهما العتق لا يحمّل التجزئ فالوكيل باعتاق النصف واعتاق الكل سواء ويكون هو ممثلاً أمر الموكل في اعتاق الكل فلهذا عتق كله قال ولو وكله أن يعتق العبد كله فاعتق نصفه عتق النصف في قول أبي حنيفة رحمه الله كما لو أعتق الموكل نفسه نصفه وهذا لأن الوكيل أتى ببعض ما أمر به فلم يكن مخالفاً فيعتق نصفه وعلى العبد أن يسمى في نصف قيمته وعندهما يعتق كله ولا يسمى في شيء لأن العتق عندهما لا يتجزأ قال وإذا وكله أن يعتق على جعل ولم يسم شيئاً فاعتقه على ألف جاز ذلك استحساناً وعليه ألف درهم إن كان مثله يعتق على مثل ذلك وفي القياس لا يصح اعتاقه لأن البديل المسمى مجهول جهالة متفاحشة فإن اسم الألف يتناول كل معدود مالا كان أو غير مال فلم تصح التسمية وإن لم تصح كان هذا بمنزلة عتق بغير جعل فيكون باطلاً من الوكيل ولكننا استحسنا فقلنا الوكيل ممثلاً أمره فإن الموكل نفسه لو أعتقه على هذا كان عتقاً بموضع وكان صحيحاً فكذلك الوكيل إذا فعله وهذا لأن مطلق التسمية محمول على المتعارف فيما بين الناس كما أن مطلق تسمية النقد معروف فكذلك مطلق تسمية الألف فإذا كان قيمة العبد ألف درهم أو مثلاً فالظاهر أن المراد بذكر الألف هو الألف درهم لأن المعتاد هو الاعتاق بمثل القيمة أو أقل فصار الثابت بالمادة كالثابت بالنص قال ولو وكله أن يكاتب عبده فكاتبه لم يكن للوكيل أن يقبض المكاتب لأنه في العقد سفير ومعبّر وهو لا يستغنى عن الإضافة إلى الموكل ولا تتوجه عليه المطالبة بتسليم الموضع فلا يكون اليه من قبض البديل شيء وإن دفعها

إليه المكاتب لم يبرأ لأن وكلته قد انتهت بمباشرة العقد فكان هو في قبض البديل كاجنبي آخر فلهذا لا يستفيد المكاتب البراءة بالدفع إليه قال ولو وكله أن يكتب عبده فكاتبه على شيء لا يتناهن الناس في مثله جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله في اعتبار الاطلاق ما لم يتم الدليل المقيد كما لو وكله ببيعة ولم يجز عندهما لأن التقييد عندهما يثبت بدلالة العرف وإن كاتبه على غنم أو صنف من الثياب أو الموزون أو من المكيل جاز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا بشكل بناء على مذهبه في التوكيل بالبيع وعندهما الاختصاص بالنقد هناك بدليل العرف ولا يوجد ذلك هنا فالاعتاق بغير النقود من الاموال متعارف وكذلك الخلع والكتابة قال ولو وكله أن يكتب عبيدين له فكاتب احدهما جاز لانه أتى ببعض ما أمر به ولا ضرر فيه على الموكل فيكون هذا بمنزلة الوكيل يبيع العبيدين ببيع أحدهما فإنه يجوز على الآخر فكذلك هنا قال ولو وكله أن يكتبهما مكتوبة واحدة ويجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فكاتب أحدهما لم يجز لانه ترك شرطاً فيه منفعة للموكل وهو أن يصير كل واحد منهما مطالباً بجميع البديل ولأن العقد بهذه الصفة لا يصح الا أن كاتبهما مما فكان الموكل بالتصحيح على هذا الوصف كالشارط عليه أن لا يفرق العقد فإذا فرق كان مخالفاً (ألا ترى) أنه لو قال بعه من فلان برهن فباعه بغير رهن لم يجز وكذلك لو قال بعه من فلان بكفالة فباعه من غير كفالة لم يجز بخلاف ما لو قال بعه بشهود فباعه بغير شهود حيث يجوز لأن الرهن والكفالة إنما يشترطان في المقدو ويصير مستحقاً بالشرط وحرف الباء للوصول فلما أقر أن يصل شرط الكفالة والرهن بالبيع فإذا لم يفعل كان مخالفاً لأمره فأما الشهود فلا يتحقق اشتراطهم في البيع فلا يخرج هو بهذا اللفظ من أن يكون مأموراً بمطلق البيع قال ولو وكله أن يكتب عبده ثم كاتبه المولى فعجز فليس للوكيل أن يكتبه لأن ما قصده الموكل بتصرف الوكيل قد حصل له بمباشرة فتكون مباشرته عزلاً للوكيل ثم بعجز المكاتب لا تنفسخ الكتابة من الاصل ولكن ترتفع في الحال لأن السبب مقصور على الحال وهو العجز عن تسليم البديل بعد توجه المطالبة به فلهذا لا تعود وكالة الوكيل قال ولو وكله أن يكتبه أو يبيعه ثم قتل العبد رجلاً خطأ ثم فعل الوكيل ذلك وهو يعلم أو لم يعلم جاز ما صنعه الوكيل لأن استعاق العبد بجنايته لا يمنع الموكل من التصرف فيه بالبيع والكتابة فلا يوجب عزل الوكيل أيضاً ابتداء التوكيل صحيح بعد جناية العبد فلا يبقى أولى ثم على المولى قيمته ولا يصير مختاراً للهية وإن علم بذلك

لان التوكيل قبل الجناية وهو لا يصير مختارا بفعل منه سبق جناية العبد ولم يوجد بعد الجناية
 من المولى فعل يصير به مختارا ولكنه صار مستهلكا للعبد فعليه قيمته كما لو دبره قبل جنيته
 وأشار في موضع من الزيادات الى أن استمرار الوكالة بعد العلم بالجناية بمنزلة انشاء التوكيل
 لكونه متمكنا من العزل فيصير به مختارا للفداء وقد بينا هذا فيما أملينا من شرح الزيادات
 ولو قال بع عدي هذا أو كاتبه أو أعتقه على مال فأى ذلك فعل الوكيل جازا له خيره بين
 التصرفات الثلاثة وان قال كاتب عدي هذا أو هذا فله ان يكاتب أيهما شاء لان المولى غيره
 بينهما بحرف أو فان كاتب كل واحد منهما على حدة جازت مكاتبته الاول لانه وكيل بكتابة
 أحدهما فاذا كاتب الاول انتهت وكالته وليس له أن يكاتب الآخر بعد ذلك وان كاتبهما معا
 فكتابتهما باطلة اذا جعل النجوم واحدة لان هذا بمنزلة عقد واحد (الأثرى) انه لا يقبل
 أحدهما دون الآخر وهو غير مأمور بمكاتبتهما جميعا فاذا تعدد تنفيذ العقد فيهما ولا وجه
 لتصحح واحد منهما لانهما في حكم هذا العقد كشخص واحد تعينت جهة البطالان في هذا
 العقد وان لم يجعل النجوم واحدة فاختار الى المولى يختار أيهما شاء بحصته من ذلك ويجبس
 الآخر لان تصحيح العقد في أحدهما ممكن فان العقد متفرق فهو في كتابة أحدهما ممتثل أمر
 المولى وفسخ العقد في أحدهما ويكون الخيار الى المولى لان الوكيل مبر عنه فلا يكون اليه
 من خيار البيان شيء كالطلاق والعتاق وهذا لان الكتابة في حكم الاسقاط دون التمليك لانه
 فك الحجر واسقاط حقه من ملك اليد حتى يصير للمكاتب كما ان في الاعتاق اسقاط الحق عن
 أصل ملكه لان يكون تمليكا من العبد والجهة انما تمنع الصحة في التمليكات لا في الاسقاطات
 فاما في النكاح لو وكله أن يزوجه أي هاتين فزوجهما منه لم يصح نكاح واحدة منهما لان
 النكاح من عقود التمليكات فلا يمكن تصحيحه فيهما لانه مأمور بتزويج أحدهما ولا يمكن
 تصحيحه في أحدهما بمينها لانه ليست أحدهما بأولى من الاخرى ولا في أحدهما بغير عينها
 لان النكاح لا يثبت في الجهول وعن أبي يوسف رحمه الله انه جعل النكاح كالكتابة فقال يجوز
 في أحدهما بغير عينها والبيان الى الزوج وهو قوله الاول وقد رجع عنه فأما في البيع اذا باعها
 جميعا فلا يجوز البيع في واحد منهما لان البيع تمليك لا يثبت في الجهول ولا يمكن تصحيحه
 فيها لانه لم يكن مأمورا ببيعها قال ولو وكله ان يكاتب عبده يوم الجمعة فقال الوكيل يوم
 السبت قد كاتبته أمس بعد الوكالة على كذا وكذبه المولى فالقول قوله في القياس لانه أقر

بالعقد في حال لا يملك استئنافه فان بمضى يوم الجمعة قد انتهت وكالته ولكن استحسن فجوز اقراره فكان مسلطا على مباشرة العقد في وقت معلوم وقد أخبر بما سلطه عليه وأدى الامانة على وجهها وهذا لان التوقيت من المولى كان في مباشرة العقد لا في الاقرار به فجعل في حق الاقرار كان التوكيل كان مطلقا فاذا أقر به كان اقراره صحيحا وعلى هذا البيع والاجارة والخلع والعق على مال قال ولو وكله أن يكتبه فقال الوكيل وكفى أمس وكاتبته آخر النهار بعد الوكالة وقال رب العبد انما وكلتك اليوم فاقول قول رب العبد لانه لو أنكر التوكيل أصلا كان القول قوله فكذلك اذا أنكر التوكيل أمس واذا لم يثبت التوكيل في الوقت الذي أضاف الوكيل مباشرة العقد اليه كان العقد باطلا ولو قال أي هذين الرجلين كاتبه فهو جائز فأيهما كاتبه جاز وهذا استحسن وقد تقدم بيانه ان الوكالة مبنية على التوسع والجهة المستدركة فيها تمنع الجواز وكذلك لو قال وكلت أحد هذين الرجلين أن يكتبه فهذا والاول سواء وأيهما كاتبه جاز قال ولو وكل رجلا بأن يكتب عبده فأبى العبد أن يقبل ثم بدله في قبول ذلك فكاتبه الوكيل جاز لان باباء العبد في الابتداء لا ينزل الوكيل فان العبد لا يملك عزل الوكيل عن كتابته واذا بقيت الوكالة نفذت الكتابة بقبول العبد كما لو قبل في الابتداء والله أعلم بالصواب

باب وكالة المضارب والشريك فيه

(قال رحمه الله) وتوكيل المضارب بالبيع والشراء والقبض والخصومة وغير ذلك من أسباب المضاربة جائز لان للمضارب اقامة الاعمال كلها بنفسه فيحتاج الى الاستعانة بغيره في بعض الاعمال ولما دفع رب المال اليه المال مضاربة على علمه بذلك فقد صار آذنا له في الاستعانة بالغير فيما يعجز عن مباشرته بنفسه قال ولو وكل المضارب رجلا أن يشتري له عبدا بالمضاربة فاشترى له أخا رب المال فالشراء جائز على المضارب دون رب المال لان شراء وكيل المضارب بمنزلة شراء المضارب بنفسه وهو لو اشترى أخا رب المال كان مشتربا لنفسه لان رب المال انما أمره أن يشتري بمال المضاربة ما يمكنه ان يديمه ليحصل الربح بتصرفه وهو لا يحصل بشراء أخى رب المال لانه لو جاز شراؤه على رب المال عتق عليه فلهذا جهلناه مشتربا لنفسه ويضمن مال المضاربة اذ هو في يمينه قال وان اشترى أخا المضارب فان لم يكن فيه فضل

فهو جائز على المضاربة لان شراء الوكيل كشراء المضارب بنفسه ولو اشترى أخا نفسه بمال المضاربة جاز على المضاربة ان لم يكن فيه فضل لانه شريك في الربح فاذا لم يحصل الربح لا يملك المضارب شيئاً منه فيتمكن من بيعه بعد الشراء وان كان فيه فضل كان الشراء على المضارب خاصة لانه لو جاز على المضاربة عتق عليه حصته من الربح فلا يملك بيعه فلهذا كان مشترى لنفسه قال واذا وكل المضارب وكيلاً في الخصومة في دين المضاربة فأمر الوكيل عند القاضي أن المضارب قد قبض ذلك الدين فهو جائز الا على قول زفر رحمه الله لان الوكيل بالخصومة مطلقاً يملك الاقرار ويكون اقراره كقرار الموكل بنفسه ولو أقر المضارب بين يدي القاضي بقبض الدين الواجب بادائه صح اقراره فكذلك اقرار وكيله وان قال المضارب لم أقبضه منه برئ الغريم ولا ضمان على المضارب لان اقراره الوكيل انما يصح باعتبار أنه وكيل بجواب الخصم وذلك فيما بين الوكيل والخصم وليس من ضرورة براءة الغريم وصول المال الى المضارب فلهذا لا يقبل اقرار الوكيل في إيجاب الضمان على المضارب لانه ما وكل بذلك قال وهذا بمنزلة قول الوكيل قد أخذته فدفعته اليك وقال المضارب لم تدفعه الى وكذا اقرار الوكيل بالقبض صحيح في براءة الغريم غير مقبول في إيجاب الضمان على المضارب فكذلك هنا قال ولو وكل المضارب رجلاً بقبض مال المضاربة من رب المال أو بدفع شيء من المال الى رب المال كان جائزاً لانه وكله بما يملك مباشرة بنفسه فيصير الوكيل قائماً مقامه في مباشرته قال واذا أمر رب المال المضارب ان ينفق على أهله فوكل المضارب وكيلاً بالنفقة عليهم فهو جائز لانه مأمور بإيصال مقدار حاجتهم من المال الذي في يده اليهم فلا فرق بين ان يوصل ذلك بنفسه أو بنائبه وهذا لان من له النفقة له ان يمدده الى هذا المال ويأخذ منه مقدار حاجته اذا ظهر به ولان أمر رب المال بالدفع الى أهله بمنزلة أمره بالدفع اليه ولا فرق بين ان يدفع بنفسه أو بوكيله فان قال الوكيل انفقت مائة درهم عليهم وقال المضارب أنفقت مائتي درهم في مدة ينفق مثلها على مثلهم وقال رب المال ما أنفقت عليهم شيئاً فالقول قول المضارب وقد ذهب من المال ائنة درهم كما لو ادعى انه أنفق بنفسه وهذا لان المال في يده وهو أمين فيما في يده من المال فلو ادعى الرجل على رب المال كان القول قوله فكذلك اذا ادعى الانفاق على أهله بأمره ولا يضمن الوكيل شيئاً لانه كان أميناً فيما أمره به ولم يوجد منه سبب يوجب الضمان عليه فلهذا لا يصير ضامناً شيئاً وكذلك كل وكيل يدفع

اليه المال ويؤمر بالنفقة على شئ من الاشياء فهو جائز وهو مصدق في النفقة على ذلك بالمعروف لانه أمين أخبر بأداء الامانة بطريق محتمل قال وان وكل المضارب وكلا ينفق على رقيق من المضاربة ولم يدفع اليه مالا فقال الوكيل انفتت عليه كذا وكذا وكذبه المضارب فان الوكيل لا يصدق لانه يدعي لنفسه دينافي ذمة المضارب فان المال لم يكن في يده ليكون أمينا فيما يخبر به من الانفاق ولكنه يزعم أنه أنفق من مال نفسه ليكون ذلك دينافي ذمة من أمره وهو غير مصدق في مثله الا بينة وكذلك لو وكله في مال نفسه ينفق على رقيقه فهذا والاول سواء قال وان وكل المضارب رجلا يشتري له متاعا بعينه من المضاربة ولم يدفع المال اليه فجاءه رب المال وأخذ المال وناقض المضاربة لا يمنع ابتداء التوكيل فلا يمنع بقاء التوكيل أيضا بالطريق الاول واذا بقيت الوكالة كان شراء وكيل المضارب كشراء المضارب بنفسه فانما ينفذ العقد على المضارب خاصة لان عقد المضاربة قد انفسخ باسترداد رب المال ماله قال ولو وكل المضارب عبدا من رقيق المضاربة ثم ان رب المال نهى المضارب عن البيع ونقض المضاربة ثم باعه الوكيل وهو لا يملك أو يملك فبيعه جائزا لان المال بعد ما صار عرضا يملك رب المال فيه نهى المضارب عن التصرف فكان وجود النهى كعدمه وكذلك لو مات رب المال ثم باعه الوكيل أو وكله المضارب بعد موته فباعه لانه يملك مباشرة البيع بنفسه بعد موت رب المال فانه شريك في الربح والربح انما يظهر ببيع المشتري فكان تصرفه من وجهه بنفسه فلماذا لا يتمتع بموت رب المال ولا يبيعه قال ولو وكله بشراء عبد بألف درهم من المضاربة ثم مات رب المال ثم اشترى العبد لزم المضارب خاصة لان عقد المضاربة انفسخ بموت رب المال حين كان المال نقدا حتى لا يملك المضارب بعد ذلك التصرف فيه فيكون هذا بمنزلة استرداد رب المال ماله وقد بينا أن هناك الوكالة تبقى ولكن الوكيل يصير مشتريا للمضارب خاصة فكذلك هنا قال واذا اشترى أحد المتفاوضين عبدا فوجد به عيبا فوكل وكسلا في رده أو كان شريكه هو الذي يخاصم فيه لم يكن بد من ان يحضر الذي اشترى حتى يحلف ماضى بالميب وقد بينا فيما سبق أن القاضى لا يقضى بالرد الا بعد هذه اليمين ولا يمكن استعلاف الوكيل ولا الشريك اذا كان يخاصم بنفسه لان النيابة لا تجري في اليمين وان كان الذي اشترى حاضرا يخاصم فطلب البائع يمين شريكه ماضى بالميب لم يكن له عليه يمين لان الاستعلاف يذنب على توجه الخصومة ولا خصومة للبائع مع الشريك

لأنه لم يامله بشئ وكذا ان وكل أحدهما وكيلًا بالخصومة في عبد باعه وطعن المشتري فيه بسبب ورده لم يكن على الوكيل فيه يمين لان الوكيل فيه نائب ولا نيابة في اليمين وان أراد المشتري ان يخاصم الشريك الآخر ويحلفه على علمه لان كل واحد من الشريكين في المفاوضة قائم مقام صاحبه فيما يدعى عليه فانهما في الحكم كشخص واحد ولكن الاستعلاف على فعل الغير يكون على العلم ولا يكون على البتات قال واذا وكل أحد المتفاوضين وكيلًا بشئ هو بينهما ثم نقضاها وانقسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أولا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلًا من جهتهما جميعا فلا ينزل بنقضهما الشركة بينهما قال واذا وكل أحد شريكي العنان وكيلًا يبيع شئ من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان ينبغي في القياس ان لا يجوز لان كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه بالتصرف وليس للوكيل ان يوكل غيره اذا لم يأمره الموكل بذلك ولكنه استحسن فقال كل واحد من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض اليه الأمر على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح وذلك لا يحصل بتصرف واحد فصار مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل فيما يجوز عن مباشرة بنفسه كما بيناه في المضارب وهذا لان كل واحد منهما رضى بتصرف صاحبه فيما هو بصددده من التجارة والتوكيل من التجارة فلماذا نفذ من كل واحد منهما على صاحبه قال وان وكله يبيع أو شراء أو اجارة أو تقاضى دين ثم أخرجه الشريك الآخر من الوكالة فكان له أن يخرج من الوكالة في جميع ذلك الا في تقاضى الدين خاصة لانه كما جعل توكيل أحدهما في التصرف بمنزلة توكيلهما فكذلك عزل أحدهما عن التصرف بمنزلة عزلهما إلا في تقاضى الدين فان سبب وجوب الدين هو الذى يختص بقبضه على وجه لا يملك شريكه نهيه عن ذلك فكذلك نهى وكيله * توضيحه أن الشريك الآخر لما جعل في هذا الدين بالقبض بمنزلة سائر الاجانب فكذلك في عزل الوكيل يجعل بمنزلة سائر الاجانب فلماذا لا يصح منه النهى قال وان كان الموكل هو الذى ادانه لم يصح اخراج هذا الآخر الوكيل من التقاضى لما بينا وان كان الذى ادانه هو الشريك الآخر فتوكيل الشريك بقبضه لا يصح لانه لا يملك مباشرة القبض بنفسه فكذلك لا يوكل به غيره واقه أعلم بالصواب

باب مالا تجوز فيه الوكالة

(قال رحمه الله) وإذا وكل الرجل وكيلًا بطلب قصاص في نفس أو في فيء دون النفس لا يجوز فإن وكله بأقامة البيعة على ذلك جاز التوكيل في قول أبي حنيفة رحمه الله عند رضا الخصم أو مرضه أو غيبته وعند محمد رحمه الله على كل حال وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجوز التوكيل بذلك وجه قوله أن الوكيل يقوم مقام الموكل في دعوى القصاص والقصاص لا يثبت بما يقوم مقام الغير كما لا يثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وهذا لأن هذه عقوبة تندري بالشبهات وفيما يقوم مقام الغير ضرب شبهة في العادة وهو أنما يوكل ليحتال الوكيل لاثباته وفي القصاص أنما يحتال لاسقاطه لا لاثباته (ألا ترى) أن التوكيل باستيفاء القصاص لا يجوز باعتبار أنه يندري بالشبهات فكذلك بآبائه وقد ذكر في بعض المواضع قول محمد رحمه الله كقول أبي يوسف رحمه الله وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أنه وكل بما يملك مباشرة بنفسه وإذا وقع الغلط أمكن التدارك والتلافي فصح التوكيل كما في الأموال بخلاف استيفاء القصاص فإنه إذا وقع فيه الغلط لا يمكن التدارك والتلافي فاما اثبات القصاص فكأنبات سائر الحقوق من حيث أنه إذا وقع فيه الغلط أمكن التدارك والتلافي وعلى هذا الخلاف إذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالخصومة في دفع ما يطالب به وكلام أبي حنيفة رحمه الله في هذا الفصل أظهر لأن دفع القصاص جائز بمن يقوم مقام الغير (ألا ترى) أن الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في النفو صحيحة ولكن هذا الوكيل لو أقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح إقراره استحسانا وفي القياس يصح لأنه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل (ألا ترى) أن في سائر الحقوق جعل إقراره كإقرار الموكل وكذلك في القصاص وفي الاستحسان يقول إقرار الوكيل قائم مقام إقرار الموكل والقصاص لا يستوفي بحجة قائمة مقام غيرها * توضيحه أنا حملنا التوكيل على الجواب لأن جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فاما في الحقيقة فالإقرار ضد الخصومة فيصير ذلك شبهة فيما يندري بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات وكذلك في التوكيل بآبآت حد القذف أو دفعه من جهة القاذف فاما التوكيل بآبآت المال في السرقة فتعد طلب بالانفاق لأن المقصود اثبات

المال والمال يثبت مع الشبهات (ألا ترى) أن بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال تثبت فأما التوكيل بآيات الحد فهو على الخلاف الذي بينا قال وإذا قتل العبد عند المستودع أو عند المستعير فليس لهما أن يستوفيا القصاص وإن وكلهما بذلك صاحبه لأن من الجائز أن صاحب العبد عفى فلو استوفينا القصاص كان استيفاء مع تمكن الشبهة وذلك لا يجوز يدل عليه أن وجوب القصاص باعتبار الدم والمستودع والمستعير ليسا بخصمين في الدم وإنما خصوصتهما فيما يتناول الإيداع والإعارة وكذلك عبد من المضاربة أو عبدان شريكان شركة عنان أو مفاوضة قتل عمدا وأحدهما غائب فليس للحاضر أن يقتل قاتله وإن وكله الغائب بذلك لتمكن شبهة النفو من رب المال أو من الشريك الغائب قال وإذا كان للرجل عبد في يدي رجل فقتل الرجل انطلق فاشترى عبدي من فلان لنفسك فذهب فاشتراه ولم يكن رب العبد وكل البائع بالبيع فإن هذا البيع يجوز ويكون أمره للمشتري بالشراء وكالة للبائع بالبيع وذكر بعد هذا أنه لا يجوز وقيل إنما يختلف الجواب لاختلاف الموضوع فالمراد هنا أنه لما أتاه أخبره بما قال له المالك فيصير ذو اليد وكيلاً لعلمه بوكالة المالك إياه ومراده بما ذكر بعد هذا أنه لم يخبره بذلك ولكنه قال له بع هذا العبد مني فلا يصير ذو اليد وكيلاً مالم يعلم بتوكيل المالك إياه وإن حملنا المسئلة على الروايتين فما إذا لم يخبره فرجسه الرواية التي قال لا يجوز البيع أن البائع لم يرض بالتزام العهدة حين لم يعلم بالوكالة (ألا ترى) أنه لو وكله بالبيع مقصوداً لا بحضرته لا يصير وكيلاً مالم يعلم به فكذلك إذا كان التوكيل ضمناً لامرء المشتري بشرائه ووجه هذه الرواية أن رضا المالك قد تم بهذا العقد والمشتري إنما أقدم على الشراء باعتبار تمام الرضا من المالك فلو لم ينفذ البيع صار مغروراً من جهة المالك ويلحقه الضرر فيه والضرر مدفوع في الشرع وما زاد على هذا البيان قد بيناه فيما أمليناه من شرح الزيادات قال وكذلك إذا قال قبض ديني من فلان كان جائزاً وليس للذي عليه الدين أن يمنع من دفعه وهذا ظاهر فانه وكل القابض بالقبض هنا وقد علم القابض بوكالته ولا معتبر بعلم المديون بعد أن يثبت وكالته وكذلك لو وكله بقبض الوديعة والعارية وما أشبههما قال وأريت لو قال للعبد انطلق إلى فلان حتى يكتبك فكأنه فلان أما كان يجوز أو قال انطلق إليه حتى يعتفك فاعتقه أما كان يمتنع أو قال لامرأته انطقتي إليه حتى يطلقك وطلقها فلان أما يقع الطلاق عليها والفرق بين هذه الفصول وبين البيع على الرواية الأخرى ظاهر

لان حقوق العقد لاتتعلق بالمعاقدة في هذا الموضع بخلاف البيع قال ولو أمر رجلاً أن يطلق امرأته أو يعتق عبده ثم قال للمرأة والعبد قد نهيت فلانا عن ذلك فلم يعلم الوكيل بالنهي حتى طلق أو أعتق وقع وإن علم بالنهي لم يقع وكذلك في الفصل الاول ان نهاهما بعد ذلك لا يعمل النهي في حق فلان ما لم يعلم به ولا فرق بين أن يثبت التوكيل بخطاب خاطب به الوكيل وبين أن يثبت ضمناً بخطاب خاطب به المرأة والعبد فانه بعد ماصار وكيلًا لا ينزل ما لم يعلم بالزل قال واذا قال الرجل لرجل اذهب بشئني هذا الى فلان حتى يبيعه أو اذهب الى فلان حتى يبيئك ثوبى الذى عنده فهو جائز في الوجهين وهو اذن منه لفلان في بيع ذلك الثوب ان أعلمه المخاطب بما قاله المالك جاز يبيعه رواية واحدة وان لم يعلمه ففيه روايتان وكذلك لو قال اذهب بهذا الثوب الى القصار حتى يقصره أو الى الخياط حتى يخطه قميصاً فهذا اذن منه للقصار والخياط في ذلك العمل حتى لا يصير ضامناً بعلمه بعد ذلك والله أعلم بالصواب

باب وكالة العبد المأذون والمكاتب

(قال رحمه الله) وكل ما جاز لها ان يفعله جاز لها أن يوكلها به من يفعله لان الحجر قد انفك عنهما فيما هو من عمل التجارة أو سبب اكتساب المال والتوكيل من هذه الجملة فيصح منهما وبعد صحة الوكالة فعل الوكيل كفعل الموكل بنفسه وكل ما يجوز للموكل أن يفعله جاز لوكيله أن يفعله قال وليس للعبد المأذون أن يتزوج ولا يكتب عبده لان هذا من عقود التجارة وانفكك الحجر في حقه مقصور على التجارة فاذا أذن له المولى في ذلك فوكل به وكيلًا لم يجوز لانه نائب عن المولى في هذا العقد بمنزلة الوكيل (ألا ترى) أنه يعمل بهبه عنه مع بقاء الاذن له في التجارة والوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمباشرة ماوكل به فاذا حجره مولاه أو عجز المكاتب عن كتابته انقطعت وكالة وكيه في البيع والشراء ونحوهما لانه عجز عن مباشرة التصرف في نفسه وصحة التوكيل كانت باعباره ولو وكله ابتداء بعد الحجر لم يجوز فكذلك اذا طرأ الحجر على الوكالة لان المقصود بنفس التوكيل لا يحصل والطارئ قبل حصول المقصود بالسبب كالمقترن بأصل السبب فاما اذا كان التوكيل بقضاء الدين أو التقاضي لم يبطل ذلك التوكيل بالعجز ولا بالحجر على المأذون لانه في كل شيء ولاه العبد

لا يسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالباً بإيفائه وله ولاية المطالبة باستيفاء ما وجب له لأن وجوبه كان بمسقطه فإذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة فيه قال ولو وكلة ابتداء بعد الحجر صح أيضاً فإن باعه بأذن الغرماء أو مات بطلت وكالة الوكيل في جميع ذلك لأنه حين خرج عن ملكه لم يبق له حق المطالبة بالاستيفاء ولا يبقى هو مطالباً بإيفاء شيء في حالة الرق فتبطل وكالة الوكيل حكماً بخروج الموكل من أن يكون مالكا لذلك التصرف قال وليس لمولى العبد أن يتقاضى دينه كان عليه دين أو لم يكن لأنه إن كان عليه دين فكسبه حق غرمائه والمولى منه كسائر الأجناب ما لم يفرغ من الدين وإن لم يكن عليه دين فوجوب المال بمقتضى العبد ولا يكون هو في هذا دون الوكيل وما وجب من الثمن بمقتضى الوكيل لا يملك الموكل المطالبة به فهنا أولى وكذلك ليس للمولى أن يوكل بذلك وكيلاً لأنه لا يملك المباشرة بنفسه فلا يوكل به غيره أيضاً فإن اقتضى هو شيئاً أو وكيله جاز أن لم يكن على العبد دين لأنه خالص حق المولى لو قبضه العبد سلمه إلى المولى فإذا قبضه المولى أو من وكله جاز كما في الموكل إذا قبض الثمن بطلبه المشتري إليه وإذا كان على العبد دين لم يجوز لأن حق الغرماء متعلق بكسبه فالمولى كاجنبي آخر (ألا ترى) أنه لو قبض شيئاً من أعيان كسبه كان ضامناً بمنزلة أجنبي آخر فهذا لا يبرأ الغريم بالدفع إليه والوديعة والبضاعة في هذا قياس الدين قال ولو أذن له المولى في التزويج فوكل العبد وكيلاً بذلك فرجع المولى عن الأذن في التزويج فإن علم به الوكيل خرج عن الوكالة وإذا لم يعلم به فهو على وكالته لأن العبد في هذا التوكيل نائب عن المولى حتى لا يملك التوكيل إلا بأذن المولى فهذا الوكيل بمنزلة الوكيل من جهة المولى ثم نهي العبد عن أن يتزوج عزل لو كيله لأنه يظهر بهذا أنه غير راض بميب العبد بالسكاح وتعلق المهر والنفقة بماليتها وفي هذا لا يفترق الحال بين عقد العبد وعقد الوكيل فعرفنا أنه بمنزلة المنزل للوكيل قصداً فإن علم به صار معزولاً وإن لم يعلم به لا يصير معزولاً قال ولو وكل العبد بتقاضى دينه وكيلاً ثم باعه المولى بأذن الغرماء أو مات العبد خرج وكيله من الوكالة سواء علم به أو لم يعلم كان على العبد دين أو لم يكن لأن العزل هنا ثبت حكماً لخروج موكله من أن يكون مالكا لذلك التصرف وفي مثله لا يشترط علم الوكيل ولو لم يكن على العبد دين فالمولى يتقاضاه لأن الحق تخلص له وإن كان عليه دين نصب القاضي وكيلاً بتقاضى الدين ليقضى به حق الغرماء لأن الحق للغرماء ولكنهم عاجزون عن التقاضى

بأنفسهم فينصب القاضي عنهم وكيلًا بمنزلة التركة إذا كان على الميت دين وله دين على إنسان
فأما إذا أعتق المولى العبد فالوكيل على وكلته لأن حق العبد في المطالبة والقبض لا يبطل بعتقه
بل يتقوى وكذلك لو كاتبه بأذن الترماء لأن حق القبض إليه بعد الكتابة كما كان قبلها وإذا
قال الوكيل قبضته قبل الحجر أو قبل موته لا يصدق لأنه أخبر بما يملك استثنائه وقد صار
الحق للمولى بعد الحجر إذا تحقق ذلك ببيعته فهو بهذه الدعوى يريد إبطال حق المولى فلم
يكن مصداقًا في ذلك قال ولو أن عبداً تاجراً له دين على رجل وله به كفيل فوكل رجلاً
بتقاضى دينه ليتقاضى دينه على فلان كان له أن يتقاضاه من الكفيل أيضاً لأنه أقامه مقام نفسه
في المطالبة بذلك الدين وله أن يطالب الكفيل والأصل جميعاً وكذلك لمن قام مقامه وهذا
الأصل معروف في كتاب الكفالة أن أصل الدين في ذمة الأصيل وإنما يطالب الكفيل بما على
الأصيل والوكيل صار مالكا المطالبة بالدين على الأصيل سواء طالب الكفيل أو الأصيل
فإنما طالب بذلك الدين قال ولو ادعى داراً في يدي رجل فوكل رجلاً بالخصومة فيها وبقبضها
فباعها ذواليد وبقبضها المشتري كان للوكيل أن يخاضم المشتري لأن وكلته بالخصومة
كانت مقيدة بالدار لا بالبائع ففي يد من وجدت الدار يكون له أن يخاضمه لأنه إنما يخاضم في
العين التي وكله بالخصومة فيها قال ولو وكله بخصومة فلان في هذه الدار لم يكن له أن يخاضم
المشتري لأنه قيد الوكالة بخصومة البائع وهذا تقييد مفيد فقد يقاوم الإنسان إنساناً في
الخصومة ولا يقاوم غيره وهو نظير ما لو وكله بأن يبيع عبده هذا كان له أن يبيعه ممن بينا
وإن قال له بعه من فلان لم يكن له أن يبيعه من غيره وهذا بخلاف ما إذا وكل ذواليد
وكيلاً بالخصومة معروفاً بين الناس فلما وكله بالخصومة مع ذى اليد مع علمه أن ذاليد قد
يوكل غيره بالخصومة فيه كان هذا رضاً منه بالخصومة مع وكيله وهذا لأن القضاء إذا توجه
على الوكيل يكون على الموكل خاصة والوكيل نائب عنه فلماذا ملك أن يخاضم وكيله وهذا
لا يوجد في حق المشتري لأنه بالشراء يصير مالكا فأنما يخاضم عن نفسه ولا يكون نائباً عن
البائع فلماذا فرقنا بينهما قال ولو وكله أن يخاضم فلاناً في هذه الدار فإذا الدار في يدي غير
فلان لم يكن له أن يخاضم غير فلان ولا فلاناً لأن الدار ليست في يديه والخصومة في دعوى
الملك المطلق إنما تكون مع ذى اليد والوكالة كانت مقيدة بالخصومة مع فلان فلا يملك أن
يخاضم في هذه الوكالة غير فلان وإن لم يسم له أحداً كان له أن يخاضم من وجسد الدار في يده

لان الوكالة هنا مقيدة بالخصومة في المين فاذا خاصم فيه ذا اليد فانما يخاصم في تلك العين
 فلماذا سمعت خصومته قال ولو كانت الدار في يدي العبد فوكل وكيل بالخصومة فيها فلان
 المدعى فادعاهما آخر لم يكن الوكيل وكلا في خصومة هذا الثاني وهو وكيل في خصومة
 الأول وخصومة وكيله لانه قيد الوكالة بالخصومة مع فلان فلماذا يملك ذلك قال واذا وكل
 العبد التاجر وكلا ببيع أو شراء أو رهن وغير ذلك فأخرج المولى الوكيل من الوكالة فليس
 ذلك بشئ وهو على وكالته ان كان على العبد دين أو لم يكن لانه حجر خاص في اذن عام
 وذلك باطل (ألا ترى) ان المولى بنفسه لو نهى العبد عن ذلك التصرف ولم يحجر عليه
 لا يعمل نهيه فكذلك اذا منع وكيله منه أو هذا بمنزلة النهى عن التوكيل وكما لا يملك نهيه
 عن تصرف آخر مع بقاء اذنه فكذلك لا يملك نهيه عن التوكيل لان ذلك من
 صنع التجار لا يملك اخراج وكيله قل ولو ان العبد وكل مولا بشئ من ذلك كان جائزا كما
 لو وكل غير المولى به وليس للمولى بمطلق التوكيل ان يوكل به غيره ولكن لو وكل به غيره
 فباشره الوكيل فان لم يكن على العبد دين جاز لا بالتوكيل السابق من العبد ولكن ما تصرف
 فيه خالص ملك المولى لان المولى لو باشره بنفسه صح وان لم يسبق التوكيل من العبد
 فكذلك اذا وكل به غيره وان كان عليه دين لم يجز لانه لا يملك مباشرة هذا التصرف بنفسه
 اذا لم يسبق التوكيل من العبد فان كسبه حق غرمائه والوكيل لا يملك ان يوكل غيره قال
 واذا وكل العبد وكلا بخصومة في شئ له ثم حجرو مولا بطالت وكالة الوكيل لما بينا فان أذن
 له في التجارة لم يكن الوكيل وكلا في ذلك وكذلك البيع والشراء وما أشبههما لان هذا اذن
 حادث غير الأول ووكالته كانت بحكم الاذن الأول فان لم يعد ذلك لم يعد هذا (ألا ترى) انه
 لو كان تصرف بنفسه قبل الاذن لا ينفذ بالاذن الحادث فكذلك اذا كان الوكيل في الأول
 لا يملك التصرف به في الاذن الثاني قال ولو كان العبد التاجر بين رجلين وكل وكيل بشئ
 من ذلك ثم حجرو عليه أحدهما وعلم به الوكيل كان على وكالته ويجوز ما صنع في حصة الذي لم
 يحجر عليه لانهما لو حجرا عليه لم يجز تصرف الوكيل في حقهما بعد ذلك فكذلك اذا حجرو
 عليه أحدهما جملا في حقه كأنهما حجرا عليه وفي حق الآخر كأنه لم يحجر عليه واحد منهما
 ولان في الابتداء لو كان اذن له أحدهما جاز توكيله بالتصرف في حصة الذي اذن له فكذلك
 يبقى الوكيل باعتبار بقاء ما ذونا له في نفسه فاما في تقاضى الدين فيجوز قبضه في نصيبهما جميعا

لأنهما لو حجرا عليه لم يؤثر الحجر في منع الوكيل من قبض الدين بالتقاضي وكذلك إذا حجر عليه أحدهما قال وإذا وكل العبد موليه يبيع ثي أو شراؤه ثم حجرا عليه ثم اذنا له في التجارة وعليه دين ثم باعا ما كان وكلهما يبيعه لم يجز ذلك إلا بوكالة مستقلة لأن المولين في هذه الوكالة كغيرهما من الأجانب فإن كسب العبد إذا كان مشغولا بالدين لا يملك المولى التصرف فيه إلا بتوكيل وقد بينا أن الوكالة في الاذن الأول لا تكون سببا لفوذ تصرفه في الاذن الثاني في حق الأجانب فكذلك في حق المولى قال وليس للعبد أن يوكل وكلا بخصوصية أحد يدعى رقبته أو يدعى جراحة جرحها إياه العبد أو جرح هو العبد ولا بالصالح في ذلك لأنه ليس بخصم في هذه الأشياء بنفسه بل الخصم فيها - ولأنه لا يملك التوكيل بالخصوصية فيما يملك مباشرة الخصومة فيه بنفسه فلما لا يملكه بنفسه فلا يملك إابة الوكيل فيه مناب نفسه وله أن يوكل بذلك في خصوصية آخر جنى على عبده من كسبه أو جنى عبده عليه أو يدعى رقبته لأنه في كسبه خصم يملك مباشرة الخصومة بنفسه فيملك أن يوكل غيره به قال وإذا أذن المولى للعبد في التجارة فوكل وكلا بشراء أو غيره فباعه أحدهما من آخر فأذن له المشتري في التجارة فإنه ينبغي في القياس أن تكون للوكالة جائزة في النصف الذي لم يبيع لأن الحجر قد ثبت منه في نصيب من باع نصيبه وإنما صار مأذوبا بأذن حادث بعد ذلك ولو ثبت الحجر في الكل بطلت الوكالة ثم لا يمسود بعد ذلك بسبب الاذن الحادث فكذلك إذا ثبت الحجر في النصف اعتبارا للبعض بالكل ولكن في الاستحسان الوكالة جائزة في جميع ذلك لأن بيع النصف لم يصر العبد محجورا عليه (ألا ترى) أن ابتداء التوكيل يصح منه بعد بيع البعض فلان بقي أولى وهذا لأن الحق بهذا الشراء إما خاص لمن هو راض بتصرف العبد أو خاص الحق لمن هو وكيل وخلاص الحق له لا يجوز أن يكون مبطلا لحقه فهذا بقي الوكيل على وكالته في الكل قال وإذا كانت الامنة مؤجرة وعليها دين فأذن لها مولاها بالتزويج فهو جائز لأن المولى لو زوجها بغير إذن الغرماء جاز فإن فيه منفعة للغرماء لأنها تتمكن من قضاء ديونها من مهرها والزواج يعينها على الاكتساب لتقضي به ديونها فكذلك إذا زوجت نفسها بأذن المولى ولو وكلت وكلا بذلك فإن زوجها وكيلها وهي حاضرة جاز وإن زوجها وهي غائبة لم يجز إلا أن يخبره بعد ذلك لأنها بمنزلة الوكيل للمولى والوكيل ليس له أن يوكل غيره بما وكل به ليمتد الإباحة فإذا كانت

حاضرة كانت مباشرة وكيلها كباشرتها وان كانت غائبة لم يتم عقد الوكيل الا برأيهما وانما يحصل رأيها بالاجازة قال واذا وكل العبد المحجور عليه وكيله بشراء شيء ثم أعتق أو كوتب أو أذن له المولى في التجارة فاشترى ذلك ففي القياس لا يصير مشترى للعبد لان سبق ثبوت حق التصرف للعبد فكان باطلا بمنزلة سائر تصرفاته والعتق والكتابة والاذن بعد ذلك مقصور على الحال ولا يستند الى وقت التوكيل باطلا فكان الوكيل مشترى لنفسه ولكن في الاستحسان تجوز هذه التصرفات على العبد لان التوكيل غير مقصود لعينه لما نفذ من التصرفات ووقت التصرف الأمر أهل أن يباشره بنفسه فيجوز مباشرة وكيله له إما لانه لا ضرر على المولى في مباشرة تصحيح الوكالة أو لان الاستدامة بعد العتق والكتابة والاذن بمنزلة إنشاء التوكيل و الفرق بين هذا وبين الصبي يوكّل بالبيع أو بالشراء ثم يدرك أو يأذن له أبوه فيه فيمضيه الوكيل عليه فانه لا يجوز الا أن يحيزه الصبي فيما يحتمل التوقيت لان توكيله قبل الاذن غير معتبر في حق نفسه فانه محجور عن التصرف لحق نفسه والاذن والادراك لا يستند حكمه الى وقت التوكيل فاما توكيل العبد في نفسه فصحيح لكونه أهلا لذلك والمحجور عليه عن التصرف لحق المولى فاذا سقط حق المولى بالكتابة والعتق والاذن نفذ تصرف الوكيل عليه * توضيحه ان امتناع توكيل الصبي كان لمعنى لا يزول ذلك المعنى بالاذن ولا بالادراك لان التوكيل نفع له في الحالين فاذا كان قبل الاذن والادراك لم يجز تصرفه له بحكم الوكالة فكذلك بعده وأما امتناع نفوذ تصرف وكيل العبد في حق العتق والكتابة والاذن كان لمعنى يزول ذلك بهذه الاسباب وذلك المعنى هو أن حكم تصرف الوكيل يلاقى حق المولى وذلك يزول بهذه الاسباب فيجعل استدامة الوكالة كأنشاءها بعد هذه الاسباب قال ولو وكل العبد وكيله أن يكتب مولاه عليه في عمل لم يكن على الوكيل من المال شيء وان ضمنه ولو وكله أن يشتري له نفسه من مولاه فاشتراه وبينه لمولاه عتق والمال على الوكيل وهذا موافق لرواية الجامع وقد ذكر هذا الفصل فيما سبق وأجاب بخلاف هذا وقد بينا وجه الروايتين ثم على ما ذكر هنا وفي الجامع الفرق بين الكتابة والعتق أن يقول هو لا يوجب للعبد مالا بمقد الكتابة وانما يوجب له ملك اليد والمكاسب فلم يكن هذا التصرف في حق وكيل للعبد بمنزلة مبادلة مال بمال فلهذا لا يجب على الوكيل شيء من ذلك المال فاما في العتق فلان المولى يزيل عن ملكه ما هو مال بازاء مال يستوجبه على العبد فكان هذا في حق وكيل العبد

بمنزلة مبادلة مال بمال ثم في باب الكتابة وان ضمن الوكيل البديل لا يكون مطالب به لانه بمباشرة المقدم لا توجه عليه المطالبة ببديل الكتابة فلو لم يضمنه انما يلزمه بحكم الكفالة ببديل الكتابة وهو لا يصح كما لو كفله به غيره وفي العتق بمال اذا اداه وكيل العبد غرمه نائبه اذا كان المال في يده قبل العتق لان ذلك المال ملك المولى فلا يسقط به ما وجب له على الوكيل بالمقدول لكنه يطالب الوكيل ليؤديه من مال نفسه ثم رجع به على العبد لانه التزمه بأمره فحصل مقصوده له وان كان الوكيل وكيل المولى لم يكن له أن يقبض المال من العبد وقد بينا الفرق بين وكيل المولى ووكيل العبد أن الذي من جانب المولى اعتاق والمعتق هو المولى دون الوكيل حتى كان الولاء له فلا يكون الوكيل في حكم المستحق للبديل فأما في جانب العبد فهو التزام المال ويمكن أن يجعل الوكيل ملتزماً بالمال قال واذا وكل العبد وكيلاً في خصومة أو بيع أو شراء ثم أبق العبد خرج الوكيل من الوكالة لان الاباق من المأذون حجر عليه وبالحجر يخرج العبد من أن يكون مالكا لما وكل الوكيل به فيكون ذلك موجبا عزل الوكيل كما لو حجر عليه المولى وان كان الوكيل عبدا فابق فهو على الوكالة غير انه لا يلزمه عهدة في شيء لان صيرورته محجورا عليه لا تبقى صحة التوكيل في الابتداء وانما تبقى لزوم العهدة فكذلك اذا صار محجورا عليه بعد التوكيل وعزل المطالب يبطل وكالة وكيله في المقود والخصومات الا في تقاضي الدين الذي ولاه المكاتب أو قضائه لان عجزه يوجب الحجر عليه عن أسباب التصرفات فيخرج وكيله من الوكالة ولا يوجب الحجر عليه عن قضاء الدين واقتضائه فكذلك لا يوجب عزل وكيله عن ذلك فان كتب بعد ذلك لم تعد الوكالة التي بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك المولى التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك بعد العجز ولم يعد بالكتابة الثانية وقد بينا نظيره في الاذن بالتجارة فكذلك في الكتابة وهذا بخلاف المحجور عليه يوكل وكيلاً ثم يكاتب أو يأذن له على طريقة الاستحسان لان صحة التوكيل هناك لم تكن باعتبار ملك التصرف الذي هو نائب للآمر وقت الوكالة وانما ذلك باعتبار ما يحدث له عند التصرف باعتبار الكتابة أو الاذن وقد وجد ذلك وهذا نظير رجل تحتة أربع نسوة فوكل رجلاً بأن يزوجه امرأة فزوجه بعد ما فارق احداهن جاز ذلك ولو كان تزوج أربعاً بعد الوكالة ثم فارق احداهن لم يكن للوكيل ان يزوجه بحكم تلك الوكالة والفرق ما ذكرنا قال وتوكيل المكاتب وكيلاً بالخصومة في جنابة خطأ أو عمدا لا قصاص فيما يدعي قبله أو قبل عبده جائز

لأنه هو الخصم في ذلك كله وإن موجب جنائته في كسبه فيلزمه الأقل من قيمته ومن أُرش الجناية فلهذا صح توكيله به بخلاف المأذون فإنه ليس بخصم في جناية نفسه لأن موجب على مولاه لا في كسبه فلا يصح توكيله بالخصومة في الخصومة وتوكيل المكاتب بمخاصمة المولى في الكتابة أو غيرها جائزة لأنه مالك للخصومة بنفسه معه فيجوز توكيله به كما في الخصومة مع غيره قال عبد بين رجلين كاتبه أحدهما في نصيبه بغير إذن شريكه فوكل المكاتب ببيع أو شراء أو خصومة فهو جائز في نصيب الذي كاتبه لأن كتابته في نفسه صحيحة ما لم يفسخ شريكه ذلك ولو كان مكان الكتابة أذنا منه للعبد في نصيبه جاز توكيله باعتبار ذلك في نصيب الآذن فلان يجوز بعد الكتابة كان ذلك بطريق الأولى فإن كاتبه الآخر بعد ذلك جاز فعل الوكيل في نصيبهما استحسانا أما في نصيب المكاتب الأول فلا اشكال فيه وأما في نصيب المكاتب الثاني فلأنه لو كان محجورا عليه حين وكل ثم كاتبه مولاه جاز تصرف المولى استحسانا فكذلك هنا لأن أكثر ما في الباب أن يكون نصيبه كعبد على حدة ولو كان مكاتبهما فوكل وكيلا بشي من ذلك ثم عجز عن نصيب أحدهما ففعل ذلك الوكيل فعلا جاز في نصيبهما جميعا وكان ينبغي أن لا يجوز في نصيب الذي عجز بمنزلة ماله عجز في نصيبهما ولكنه قال مساعدة كل واحد منهما صاحبه على الكتابة تكون أذنا منه له في كتابة نصيبه ولهذا لا يملك فسحه في نصيب شريكه بعد ذلك فلما عجز عن نصيب أحدهما بقيت الكتابة في نصيب الآخر باذن الشريك فهو بمنزلة عبد بين رجلين كاتب أحدهما نصيبه باذن صاحبه ثم وكل العبد بشي من أنواع التجارات فيكون ذلك صحيحا من الوكيل في جميع ذلك كما يصح في المكاتب نفسه فإن قيل هذا لا يشبه ذلك لأن هناك أذنه لشريكه من الوكيل في أن يكاتب نصيبه يتضمن الاذن للعبد في التجارة في نصيب نفسه وهنا بعد العجز لا يبقى نصيبه مأذونا فينبغي أن لا ينفذ تصرف الوكيل ولا تصرف العبد في نصيبه قلنا ليس كذلك بل من ضرورة بقاء الكتابة لازمة في نصيب الشريك كون نصيبه مأذونا وليس من ضرورة فسح الكتابة في نصيبه الحجر عليه عن التصرفات لا محالة فيبقى نصيبه مأذونا كما كان في الابتداء لو أذن له أن يكاتب نصيبه قال وإذا وكل المكاتب وكيلا بقبض هبة له فقبضها الوكيل بعد عجز المكاتب أو بعد عتقه جاز لأن عجز الموكل لا يمنع صحة التوكيل بقبض الهبة كما لا يمنع صحة مباشرته بنفسه فكذلك لا يمنع بقاء الوكالة فإن قبضها بعد موته لم يجز لأن موته يخرجها من أن يكون أهلا

للقبض بحكم الهبة ويكون مبطالا لعقد الهبة فيوجب اخراج الوكيل من الوكالة أيضا قال ولو كان المسكاتب بين رجلين فوكله أحدهما بقبض دين له على آخر أو على غيره أو يبيع أو شراء من الآخر أو من غيره فهو جائز لانه ما بقى عقد الكتابة فكل واحد من المولين ينزل منزلة أجنبي آخر وكذلك ان وكله أحدهما يبيع عبد من الآخر أو من غيره أو بالخصومة مع الآخر أو غيره فهو جائز للمنى الذى قلنا وكذلك لو كانت الخصومة بينه وبين موليه جميعا فوكل ابن أحدهما بذلك أو عبده أو مكاتبه أو وكله بالبيع أو الشراء فهو جائز كما يجوز مع سائر الأجانب لانه ملك الخصومة معه بنفسه فيجوز ان يستعين في ذلك بابن الخصم أو بعبده أو مكاتبه ليكون نائبا عنه في هذه الخصومة قال ولو وكل هذا المكاتب وكيلا بدفع نصيب أحدهما اليه وغاب لم يكن للآخر ان يأخذ من الوكيل شيئا لانه في نصيبه ليس بوكيل من جهته في الدفع فلا يكون له أن يطالبه بشئ كما لا يطالبه به قبل التوكيل وكذلك لو كان وكل وكيلا بقضاء دين عليه ودفع المال اليه فأراد مولياه أو غيرها ان يقبضوا ذلك من الوكيل لم يكن لهم ذلك لان التوكيل كان مقيدا بالدفع الى صاحب ذلك الدين ففي المولين أو غريم آخر يكون الحال بعد التوكيل كالحال قبله (ألا ترى) ان مطالب المسكاتب بنفسه لو قضى دين هذا الرجل لم يكن للمولين على ما قبضه سبيل فكذلك اذا دفعه الى رجل ليقضي به دينه قال واذا أمر المسكاتب رجلا أن يشتري له عبد فلان من فلان فاشترى الوكيل من فلان أو من وكيله أو من رجل اشتراه منه فهو جائز لان مقصوده سلامة العبد له وقد قيد الوكالة بذلك العبد وهو مشتر لذلك العبد ممن اشتراه ففصل مقصوده فنفذ تصرفه عليه قال ولو أمر رجلا ان يبيع عبدا له من فلان فباعه من غيره وليس بوكيله لم يجز لانه قيد الوكالة بالبيع من فلان وله في ذلك غرض لا يحصل ذلك الغرض بالبيع من غيره اما لان الناس يتفاوتون في الملاة والمأطلة في قضاء الدين أولا لانه أراد أن يؤثره على نفسه بذلك العبد لعله انه يتمكن من الاسترداد منه بالاقالة أو الشراء المبتدئ الذى أراد ذلك ولا يتمكن منه اذا باعه من غيره ولم يبين أنه اذا باع من وكيل فلان يجوز أم لا وعلى قضية الطريقة الأولى لا يجوز لان المطالبة بالتمن تكون على الوكيل دون الموكل وعلى الطريقة الثانية يجوز لان الملك في العبد انما يحصل بشراء الوكيل للموكل وهذا هو الأصح قال واذا وكل المسكاتب وكيلا بتقاضي دين له على رجل ثم عجز المسكاتب ورد في الرق فقال قد قبضت ما عليك غيرها فهو مصدق في ذلك أيضا

لانه في الدين الواجب به مقدم بمنزلة الحر فكما ان اقرار الحر ببيان مقدار الدين صحيح فكذلك اقرار المكاتب به بعد عجزه عن اداء الكتابة أو قبله واقرار وكيله انما يصح بما فوضه الموكل اليه وهو القبض والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في النكاح

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بان يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه باكثر من مهر مثلها جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله أن المطلق يجري على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد وعندهما لا يلزمه النكاح اذا زاد أكثر مما يتغابن الناس فيه لان التقييد عندهما يثبت بدليل العرف وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين اوكيل بالشراء فان هناك اذا زاد يصير مشتريا لنفسه لانه لم يضاف أصل العقد الى الموكل وانما أضافه الى نفسه فتمكن التهمة في تصرفه من حيث انه قصد الشراء لنفسه ولما علم بفلاء الثمن حوله الى الآخر وفي النكاح يضيف العقد الى الموكل فلا يتمكن فيه التهمة ولو أضاف العقد الى نفسه بأن تزوجها كانت امرأته دون الموكل بخلاف الشراء فان هناك يجوز أن يثبت حكم العقد لغير من يضاف اليه العقد ولا يجوز مثله في النكاح بل يثبت الملك لمن يضاف اليه العقد (ألا ترى) أن ملك الميمن يثبت للمولى بسبب مضاف الى عبده ولا يثبت ملك النكاح بمثله قال ولو وكاله أن يزوجه امرأة ولم يسمها فزوجها اياه وليست بكفولة فلي قول أبي حنيفة رحمه الله هو جائز لا طلاق التوكيل وعندهما في القياس يجوز أيضا لان التقييد بدليل العرف والعرف مشترك هنا فقد يتزوج الرجل من ليست بكفولة لان الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء فان نسب الاولاد الى الآباء فيبقى مطلق التوكيل عند تعارض دليل العرف ولكنهما استحسننا فقالا لا يجوز لان المرء مندوب شرعا أن يتزوج من يكافئه دون من لا يكافئه قال صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم الا كفاءة والغالب أن مراده بهذا التوكيل نكاح من يكافئه لانه غير عاجز بنفسه عن التزوج اذا كان يرضى بمن لا يكافئه قال أرايت لو كان الموكل من فريش فزوجه الوكيل أمة أو نصرانية أو حبشية أو كناية أمجيزه عليه أم لا قال وبهذا الاستشهاد أشار الى الخليفة قال ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياها على عبد للزوج فانه لا يجوز أن يهرها العبد الا أن يسلمه الزوج لانه ماسطه على ازالة الملك عن عين العبد اذا

ليس من ضرورة ما أمره به زوال ملكه عن شيء من أعيان ماله ثم في القياس لا يجوز
النكاح لأنه خالف حين سمي ما لم يأمره بتسمية فكانه أمره بالتزويج فمقد بالعين ولكنه
استحسن فقال يجوز النكاح لأنه لم يخالف ما أمره به نصا فإنه كما لم يؤمر بتسمية العبد صداقا
لم ينه عن ذلك ولكن امتنعت صحة التسمية في حق العبد لما قلنا وذلك لا يمنع جواز أصل
النكاح كمن تزوج امرأة على عبد للغير يصح النكاح ولها قيمة العبد إن لم يرض صاحب
العبد وهذا مثله بخلاف الالفين حيث خالف هناك ما أمره به نصا قال وإن زوجه على وصف
بغير عينه جاز لأن هذه التسمية باعتبار مالية الوصف ولهذا لو أنها بالقيمة أجبرت على القبول
ووجوب المال على الزوج من ضرورة ما أمر به الوكيل وهو النكاح قال الله تعالى أن تبتنوا
بأموالكم ولأن فيه تحصيل ملك النكاح للزوج من غير زوال شيء من أعيان ماله من ملكه
ثم هذا عند أبي حنيفة رحمه الله لا يشكل وعندهما كذلك فإن التوكيل عندهما يتقيد بالنقد
بدليل العرف والعرف في الصداق مشترك فيصح تسمية النقد وغير النقد حتى إذا زوجه
على بيت وخادم أو على عشرة أكرار حنطة موصوفة أو غير موصوفة فذلك جائز كما لو
بأمره الموكل بنفسه وكذلك لو زوجه على جراحة جرحها الزوج ولها ربح جاز لأن الواجب
من الأرش دراهم أو دنانير فتسمية ذلك كتسمية الدراهم ثم يصير قصاصا بأرش الجراحة قال
ولو وكله ببيع عبده فزوجه امرأة على رقبته لم يجز لأنه باشر عقدا غير ما أمر به بمقد يكون
العبد معتوقا عليه مقصودا حتى لا ينقض العبد بهلاكه وقد أتى بمقد يكون المقصود فيه ملك
البضع دون العبد حتى لا ينقض العقد بهلاكه قبل التسليم ولأن البيع اسم خاص لمبادلة مال
بمال ولأن تقابل العبد في النكاح ليس بمال وعلى هذا لو صالح به عن جراحة فيها قصاص أو
استأجر به له دارا لم يجز لما قلنا قال وإن وكله أن يزوجه امرأة لم يسمها فزوجه ابنته لم يجز
في قول أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يرضى الزوج وعندهما يجوز إذا كانت كبيرة ورضيت بذلك
للأصل الذي قلنا إن يطلق التوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يملك التصرف مع ولده للثمة
فالثمة دليل تقييد المطلق وعندهما يملك ذلك ولو كان الولد صغيرا لم يجز ذلك بالاتفاق لأنه
هو الواجب والقابل فكان ذلك بمنزلة عقده مع نفسه وبطلق التوكيل لا يملك العقد مع نفسه
وإن زوجه اخته جاز لأنه غير منهم في حقها قال ولو زوجه امرأة عمياء أو معتوهة أو رتقاء
أو ذمية أو مفلوجة جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه

الله غير مشكل لانه في التوكيل سمي المرأة مطلقا وانما الاشكال على قولها وقد بينا مثله في
 الشراء انه لا يجوز عندهما وكذلك في النكاح واكنهما قالا النكاح لا يختل بهذه العيوب وانما
 تختل صفة المالية ولهذا يثبت له بالشراء حق الرد بهذه العيوب ولا يثبت في النكاح فلها صبح
 من الوكالة ولان هناك لو لم يجوز العقد على الآمر جعلنا الوكيل مشتريا لنفسه شراء صحيحا وهنا
 لو لم يجوز على الآمر بطل أصل العقد فلا يمكن اثبات هذا الحكم بالقياس على ذلك قال ولو
 أمر رجلا أن يزوجه امرأة من قبيلة أو من بلدة فزوجه امرأة من قبيلة أخرى أو من
 بلدة أخرى لم يجوز لتقييد الوكالة بما سمي ومباشرة الوكيل بخلاف ما سمي قال ولو وكله أن
 يزوجه امرأة وجعلها الوكيل طالقا أن أخرجها الزوج من الكوفة فالنكاح جائز والشرط
 باطل لانه امتثل أمره ثم تصرف تصرفا لم يأمر به وهو تعليق طلاقها بالاخراج ولئن جعل
 هذا شرط في النكاح فهو شرط باطل من الوكيل والشرط لا يهدم النكاح كما لو تزوج بنفسه
 وشرط شرط باطلا وكذلك لو شرط لها الوكيل أن لا يخرجها من الكوفة جاز النكاح وبطل
 الشرط كما لو تزوجها الموكل بنفسه بهذا الشرط الا ان حطت من مهر مثلها لان رضاها
 بالنقصان لمنفعة مشروطة فاذا لم يقبل كان لها مهر مثلها ولو قال زوجني فلانة على مائة درهم فان
 أبت فاعطها ما بين مائة ومائتين فأبت المائة فزوجه اياه على مائتين فذلك لازم للزوج لان
 الوكالة لا يتعلق بها اللزوم والغاية تدخل في مثله بالاتفاق كما في الاباحات اذا قال خذ من
 مالي من درهم الى مائة فله ان يأخذ المائة قال وان وكله أن يزوجه امرأة على بيت وخادم
 فقبل وقال الزوج عنيت أرضا ميتة لم يصدق لان مطلق التسمية في عقود المعاوضات ينصرف
 الى المتعارف والمتعارف من تسمية البيت في الصداق متاع البيت وان تزوجه الوكيل على
 بيت من داره فقال الزوج عنيت أنا البيت فالقول قوله لانه هو المتعارف وقد سمي الوكيل
 غير ما أمر به نصا فلا يجوز النكاح بينهما أصلا قال وان أرسل رجلا رجلا يخاطب عليه امرأة
 بسنها فذهب الرسول وزوجه اياه فهو جائز لانه أمر الرسول بالخطبة وتام الخطبة بالعقد وقد
 بينا أن الأمور بالشئ مأمور باتمام ذلك الشئ والعاقبة في باب النكاح سفير ومعبّر كالرسول ولو
 وكله أن يزوجه امرأة فزوجه اياه على خمر أو خنزير أو على غير مهر أو على حكمها فالنكاح
 جائز لانه لم يخالف ما أمر به نصا وانما فسدت التسمية شرعا وذلك لا يمنع صحة النكاح كما لو
 تزوجه الموكل بنفسه وان تزوجه اياه على دار رجل أو على عبده جاز النكاح ولها قيمة ذلك

لانه غير مخالف لما أمر به نصا ولكن صاحبه استحق عين ملكه فيكون لها قيمته صداقا على الزوج كما لو زوجها بنفسه قال وان زوجه امرأة ممتدة أو لها زوج قد دخل بها الزوج ولم يعلم بذلك فرق بينهما وعليه الاول من مهر المثل ومما سمي لها لان الدخول حصل باعتبار صورة العقد فسقط به الحد ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل وهو الحكم في النكاح الفاسد ولا ضمان على الوكيل في ذلك لان ما لزم الزوج انما لزمه بفعله وهو الدخول لا بمقدار الوكيل فان المقدار الباطل لا يوجب شيئا ولا كذلك ان كاتب أم امرأة الزوج والوكيل يعلم بذلك ولا يعلم لما بينا ان ما يلحق الزوج من الاقل من مهر المثل ومما سمي للوطوء من فساد نكاح امرأته وغير ذلك وكان كل ذلك باعتبار فعل الزوج لا بمقدار الوكيل فلا يرجع على الوكيل بشيء قال واذا وكله أن يزوجه امرأة بعينها على ألف درهم فزوجه اياه بألف درهم وكرامتها فان كان مهر مثلها أكثر من الألف لم تر النكاح لانه لو جاز النكاح كان لها تمام مهر مثلها كما لو باشره الموكل بنفسه فهذا في معنى تسمية الزيادة على الألف لها فيكون مخالفا لما سمي له نصا ويستوى ان ضمن الوكيل الكرامة أو لم يضمن لها لانه لو سمي لها الزيادة قدرا معلوما ضمنها من مال نفسه لم يجز النكاح فهذا أولى وكذلك ان شرط مع ذلك طلاق امرأة أخرى ففي هذا الشرط منفعة لها فهو قياس ما لو شرط كرامتها قال ولو وكله أن يزوجه أمة فزوجه حرة لم يجز لانه خالف المأمور نصا وفي هذا التقييد منفعة للزوج وهو ان لا يؤدي الحرية التي تحته في القسم وكذلك مؤنة الأمة دون مؤنة الحرية وان زوجه مكاتبه أو مدبرة أو أم ولد جاز لان هؤلاء في حكم النكاح كالأمة الا أنه يصير محصنا بالدخول بهن بالنكاح كما في الأمة قال وان وكله أن يزوجه امرأة فزوجه صغيرة لا يجامع مثلها فهو جائز لان اسم المرأة اسم جنس يتناول الصغير والكبير وملك النكاح يثبت على الصغيرة حسبما ثبتت على الكبيرة وانما كان مقصود المجامعة متأخرا لصغرهما ولو كان قائما بأن كانت رتقاء أو قرناء لم يكن الوكيل به مخالفا فهذا أولى قال وان وكله أن يزوجه امرأة بعينها على ألف درهم ومهر مثلها القان فزوجه الوكيل بألف وشرط أن لا يتزوج عليها أولا يخرجها من الكوفة لم يجز النكاح لانه لو جاز كان لها كمال مهر مثلها باعتبار ما سمي لها اذا لم يف الزوج بالشرط والوفاء بهذا الشرط لا يلزمه كما لو ألزمه بنفسه وكان هذا في معنى تزويجه اياه بأكثر مما سمي له قال ولو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه امرأة قد حلف الزوج بطلاقها أن لا تزوجه أو كان آلى منها أو

ظاهرها أو كانت في عدة منه والنكاح جائز لانه أطلق اسم المرأة في التوكيل وذلك يتناولها كما يتناول غيرها قال ولو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه امرأتين في عقد لم يلزم الزوج واحدة منهما وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يلزمه واحدة منهما يختار أيتهما شاء ثم رجع إلى قولهما * وجه قوله الأول انه في العقد على احدهما ممثّل أمر الزوج فينفذ عليه ذلك اذ لا يبعد أن يكون ملك النكاح له في امرأة يعبر عنها ويتمين باختياره كما لو طلق احدى امرأتيه بغير عينها ثلاثا * وجه قوله الآخر أن عقد النكاح عقد تمليك فلا يملك اثباته في المجهول ابتداء لانه انما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالخطر فان الثابت في غير المعنى في الحكم كالمعلق به لخطر البيان ولا يمكن اثباته في احدهما بعينها لانه ليست احدهما بأولى من الاخرى ولا فيهما لان الموكل لم يرض بنكاح امرأتين ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فزوجه تلك وأخرى معها لزمته تلك دون الاخرى لانه في ملك المرأة ممثّل أمره فحصل مقصوده فان حكم النكاح لا يختلف بضم الاخرى اليها قال ولو وكله ان يزوجه امرأة فاختلف الزوج والوكيل فقال الزوج زوجتي هذه وقال الوكيل لابل زوجتك هذه فالقول قول الزوج اذا صدقته المرأة لان الوكيل في النكاح معبر والزوج انما يملك عليها لاعلى الوكيل وقد تصادقا على النكاح فيثبت بتصادقهما ولا قول للوكيل في ذلك قال ولو وكله أن يزوجه فلانة أو فلانة فإيتهما فزوجه جاز لان التوكيل مبنى على التوسع فهذا القيد من الجهالة لا يمنع صحته وان زوجهما جميعا منه لم يجز نكاح واحدة منهما لانه مأمور بنكاح احدهما بغير عينها فلا يمكن تصحيح نكاحهما للزوج ولا نكاح احدهما بعينها اذ ليست احدهما بأولى من الاخرى ولا احدهما بغير عينها لان النكاح في المجهول لا يثبت ابتداء قال ولو وكل رجلا أن يزوجه امرأة ووكل آخر بمثل ذلك فزوجه كل واحد منهما امرأة واذا هما اختان جاز نكاح الاولى منهما لانه ممثّل أمره ولم يجز نكاح الثانية لانه مخالف ولكن لان الموكل لو فعله بنفسه لا يجوز لانه يصير به جامعا بين الاختين وان وقع النكاحان مما فالنكاح باطل لان الجمع بين الاختين حرام وقد حصل بهما مما وليس تصحيح نكاح احدهما بأولى من الاخرى كما لو تزوجهما الموكل بنفسه في عدة واحدة وكذلك لو وكل خمسة رهط أن يزوجه كل واحد منهم امرأة فالجمع بين ما زاد على الاربع بالنكاح حرام كالجمع بين الاختين فكان هذا مثل الاول قال ولو زوج رجلا رجلا من غير وكالة أختين في عقدتين أو خمس نسوة في

عقد متفرقة كان له أن يختار احدى الاختين أو أى أربع شاء من الخمس لأن المقود كلها توقف على إجازته فإن الجمع بين نكاح الاختين لا يكون نافذا بل موقوفا والمقد الموقوف لا يوجب الحل ولا يثبت الفراش فلا يكون من ضرورة توقف العقد الاول امتناع توقف الثانى ولا من ضرورة توقف العقد الثانى بطلان الاول فاذا توقف الكل كان له أن يختار ما شاء من ذلك على وجه لا يحصل به الجمع بين الاختين ولا بين خمس نسوة وإن كان ذلك في عقد واحد لم يكن له أن يختار نكاح شئ منهن لانه إنما يتوقف على إجازته ما يتصور نفوذه بالأذن السابق وهو لا يجوز لو باشره بنفسه وهذا العقد لا ينفذ بمباشرة ولا بأذنه سابقا فلا يتوقف على إجازته بخلاف المقود المتفرقة فإن كل عقد من ذلك معتبر على حده وهو مما ينفذ بمباشرة وبأذنه السابق فيتوقف على إجازته أيضا قال وإن وكله أن يزوجه من النساء ما شاء وكيف شاء فزوجه أمة مسلمة أو كتيبة أو أربع أماء جاز لانه فوض الأمر الى رأيه على العموم فبإشرته فيما يكون من جنس التزويج كباشرة الموكل بنفسه قال وإن وكله أن يزوجه امرأتين في عقدة فزوجه واحدة جاز لانه أمثل أمره في بعض ما أمر به وحكم نكاح هذه لا يختلف بضم نكاح الأخرى إليها فلا يكون هذا التفريق من الوكيل خلافا للأصل الذى بينا أن التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدا وهذا التقييد غير مفيد ولو كان قال لا يزوجنى الا اثنتين في عقدة واحدة لم يلزمه نكاح امرأة واحدة لانه نهاه عن العقد هنا واستثنى عقدا واحدا فما لا يكون بصفة المستثنى فهو داخل في عموم النهى بخلاف الأولى فانه مانهاه عن شئ نصا بل أمره وقيد الأمر بما ليس بمقيد وهو نظير ما سبق إذا قال لا تبع الا بشهود فباع بغير شهود لا يجوز بخلاف ما لو باع وقد قال له بع بشهود قال ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فاذا لها زوج فأت عنها أو طلقها وانقضت عدتها ثم زوجها إياه الوكيل جاز لانها لما لم تكن محلا عند التوكيل لما أمر به الموكل صار التوكيل كالمضاف الى ما بعد صيرورتها محلا فان التوكيل يحتمل الإضافة ويحصل مقصود الموكل في ذلك ولو تزوجها الموكل ثم أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجه إياه لأن ما قصد تحصيله بتصرف الوكيل قد حصل له بمباشرة فوجب ذلك عزل الوكيل ثم لا يمود التوكيل بالإبادة لانه ليس بفسخ لذلك المقدم من الأصل قال ولو تزوجها الوكيل ودخل بها ثم أبانها وانقضت عدتها ثم زوجها إياه جاز لأن مقصود الموكل لم يحصل بمباشرة الوكيل المقدم الأول مع نفسه ولا منافاة بين ذلك المقدم وبين الوكالة (ألا ترى) أن ابتداء التوكيل

بعده صحيح حتى اذا فارقه زوجها منه فبقاؤها أولى ولو ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب
 ثم سئيت وأسلمت فزوجها اياه الوكيل جاز في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يجوز
 عند هملان من أصلهما أن تسمية المرأة مطلقا في التوكيل ينصرف الى الحرية دون الأمة
 ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يتقيد بالحرية فكذلك التوكيل في المرأة المعينة وعندهما
 يتقيد بحال حريتها فبعد ما صارت أمة لا يجوز تزويجها منه وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتقيد
 فتى زوجها منه كان ممثلا أمره قال ولو كان الموكل تزوج أمها أو ذات رحم محرم منها
 أو أربما سواها خرج الوكيل من الوكالة لأنه صار بحال لا يملك مباشرة العقد عليها بنفسه
 بما أحدث من التصرف وذلك عزل منه للوكيل وقد سبق نظائره قال ولو كان الموكل
 قال ان تزوجتها فهي طالق فليس هذا باخراج له من الوكالة لأنه ما صار بحال لا يملك مباشرة
 العقد عليها بما أحدث فانه ان تزوجها بعد يمينه صح النكاح فيبقى الوكيل على واكلته أيضا قال
 واذا وكلت المرأة رجلا أن يزوجه فزوجها من غير كفؤ لها لم يجوز قيل هذا قولها وهو
 قياس رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى في أن المرأة لا تملك ان تزوج نفسها
 من غير كفؤ وأما على ظاهر الرواية فينبغي أن يجوز نكاح الوكيل عنده لأنها لو زوجت
 نفسها من غير كفؤ كان جائزا وان كان للأولياء حق الاعتراض عليها والاصح قولهم
 جميعا لأنها ممنوعة من أن تزوج نفسها من غير كفؤ ومطلق التوكيل ينصرف الى ما يجوز
 للموكل أن يفعله بنفسه شرعا دون ما يكون ممنوعا عنده فيقيد مطلق التوكيل بهذا الدليل
 ولأن مقصودها لم يتم بالتزوج من غير كفؤ لان للأولياء حق الاعتراض عليها وانما ينصرف
 مطلق التوكيل الى عقد يتم لها به مقصود النكاح وان كان كفؤا لها غير أنه أعمى أو مقعد
 أو صبي فهو جائز لان مقصود النكاح يتم لها بما صنعه الوكيل وكذلك ان كان عينا أو خصيا
 فالنكاح جائز ويؤجل كما لو زوجت هي نفسها ثم علمت بهذا العيب من الزوج قال وان
 زوجها الوكيل من نفسه لم يجوز لأنها أمرته أن يكون مزوجا لا متزوجا ولأنه في حق نفسه
 متهم والهمة دليل التقيد ولو زوجها ابنه أو أباه لم يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله وجاز عندهما
 إلا أن يكون الابن صغيرا حينئذ لا يجوز لانه لا يباشر العقد مع نفسه وقد بينا هذا في
 جانبه قال واذا وكلته أن يزوجه فزوجها على مهر صحيح أو فاسد أو وهبها الرجل بشهود
 أو تصدق بها على رجل وقبل ذلك الرجل فهو جائز لانه مأمور بالتزوج وقد أتى به فان

لفظ الهبة والصدقة عبارة عن التزويج مجازا وترك تسمية الصداق لا يمنع حصول المقصود
 بالنكاح ولا وجوب الصداق وكذلك فساد التسمية كما لو باشرته هي بنفسها قال وان
 زوجها اياه على ألف درهم على ان زاد عبدا لها فالنكاح جائز ولها أن تمنع العبد لانها ماضية
 بزوال العبد عن ملكها ولكن الزوج سمي الالف بمقابلة نكاحها والعبد فاذا لم تسلم له العبد
 فبمنها بطلت حصته من الالف وجاز النكاح بحصتها من الالف قال ولو تزوجت هي قبل
 أن يزوجه الوكيل فقد أخرجته من الوكالة لانها حصلت ما هو مقصودها بالتوكيل وكذلك لو
 ارتدت لانها خرجت من أن تكون محلا بما أحدثت فيكون ذلك منها عزلا لو كيلها سواء
 لحقت بدار الحرب أو لم تلحق قال ولو كانت امرأة لها زوج فقالت لرجل اني اختلعت من
 زوجي فاذا فعلت ذلك وانقضت عدتي فزوجني فلانا جاز ذلك على ما قالت لانها اضافت
 الوكالة الى ما بعد انقضاء المدة فيجعل كباشرتها بالتوكيل بعد انقضاء عدتها قال ولو وكلته بأن
 يزوجه وقالت ما صنعت من أمرى في شيء فهو جائز فخر الوكيل الموت فأوصى بوكالتها
 الى رجل فزوجها الوكيل الثاني بعد موت الأول كان جائزا لانها فوضت الأمر الى رآيه
 على العموم وهذا من جملة رآيه فهو بمنزلة التوكيل في حياته والبيع والشراء في هذا قياس
 النكاح قال ولو وكلته بأن يزوجه رجلا فزوجها منه واشتراط عليه انه اذا تزوجه كان أمرها
 بيدها فالنكاح جائز وأمرها بيدها حين تزوجه لان هذا شيء يستبد به الزوج ولا ضرر
 عليها فيه ولا هو حاصل بقبول الوكيل ولو كان هذا وكيل الرجل كان النكاح جائزا والشرط
 باطلا لان الزوج لم يأمره بذلك وهو يتضرر به ولو قال الزوج زوجني امرأة وأمرها بيدها
 فزوجه الوكيل ولم يشترط لها فأمرها بيدها حين يقع النكاح لان الزوج يستبد بذلك مضافا الى
 النكاح كما يستبد به منجزا بعد النكاح ولو قال زوجني امرأة واشتراط لها على اني اذا تزوجه
 فأمرها بيدها لم يكن الأمر بيدها إلا أن يشترطه الوكيل لان الزوج ما باشر ذلك بنفسه
 بل فوضه الى الوكيل فلم يباشره الوكيل لا يصير الأمر في يدها وليس في ترك الوكيل هذا
 الشرط ضرر على الموكل بل فيه منفعة قال ولو وكلته أن يزوجه فزوجها على عبد على ان زاده
 مائة درهم فالنكاح جائز فان أبت أن تعطى الدراهم بطلت حصتها من العبد لانه امتثل أمرها
 في النكاح وزاد تصرفا آخر وهو الشراء فان ما يخص المائة من العبد يكون مبيعا وما يخص
 البضع يكون صداقا فلا تنفذ حصة الشراء الا برضاها اذ الوكيل لا يقدر على ان يلزمها

المائة بنسب رضاها فان قيل كان ينبغي ان يكون مشتريا لنفسه ما يخص المائة من العبد لان الشراء لا يتوقف بل ينفذ على العاقد اذا تعذر بتقييد غيره ويكون المباشر معبرا لا يلزم شيأ بنفسه فكذلك فيما يثبت تبعا (ألا ترى) ان هذا الشراء يحصل بغير القبول اذا قالت تزوجني على هذا العبد على ان أزيدك مائة درهم فقال فعلت يتم من غير قبولها والشراء مقصورا لا يتم بهذا اللفظ بدون القبول فمرقنا ان ما هو بيع ليس نظير ما هو مقصود قال ولو وكلته على ان يزوجه على دم عمد في عتقها فزوجه بمض أولياء ذلك الدم بطلت حصّة الزوج من الدم كما لو باشرت هي المقد وهذا لان تزوج الزوج اياها على القصاص يكون عفوا منه عنها وذلك صحيح في نعيه وانقلب نصيب الآخرين مالا فعليها حصّة الورثة من الدية ولها مهر مثلها لان القصاص ليس بمال فلا يصلح ان يكون صداقا فهذا والنكاح بغير تسمية المهر سواء قال ولو وكلت المرأة أو الرجل وكيلين بالتزويج أو الخلع ففعل ذلك أحدهما لم يجز لانه فوض اليها عقدا يحتاج فيه الى الرأي ورأى الواحد لا يكون كراى المشى قال ولو وكل رجلين بطلاق أو عتاق بغير مال ففعل ذلك أحدهما جاز لان هذا لا يحتاج فيه الى الرأي والتدبير بل الحاجة فيه الى العبارة وعبرة الواحد والمشى سواء والله أعلم بالصواب

باب توكيل الزوج بالطلاق والخلع

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا ان يطلق امرأته ثلاثا فطلقها واحدة وقعت واحدة لانه أنى ببعض ما فوض اليه ولا ضرر على الموكل في هذا التبويض بل فيه منفعة له ولانه ممكنه من ايقاع الثلاث ومن ضرورته تمكنه من ايقاع الواحدة كما ان الشرع لما مكن الزوج من ايقاع الثلاث فلاّن يمكنه من ايقاع الواحدة أولى وان وكله ان يطلقها واحدة فطلقها ثلاثا أو اثنين لم يقع شيء في قول أبي حنيفة لان الثلاث غير الواحدة ولم يصرمتمكنا من ايقاع الثلاث بتفويض الواحدة اليه فلا يقع الثلاث لعدم تمكنه من ايقاعها ولا الواحدة لانه ما أوقعها وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقع واحدة لانه أوقع ما فوض اليه وزيادة فيعمل ايقاعه بقدر ما فوض اليه وهي خلافة معروفة قال وان وكله ان يطلقها واحدة بائنة فطلقها واحدة رجعية طلقت واحدة بائنة لانه لاغ في قوله رجعية فان ذلك غير مفوض اليه يبقى قوله طلقتك فيقع على الوجه الذي فوض اليه لان ثبوت الصفة بثبوت الأصل وهو

نظير ما لو قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق تطليقة رجعية لانعدام محلها يبقى قوله أنت طالق فيقع الطلاق به باثنا كما هو مملوك له شرعا قال وان وكله ان يطلقها واحدة رجعية فطلقها واحدة باثنة طلقت واحدة رجعية لانه لا غ في قوله باثنة لانه لم يفوض اليه تلك الصفة يبقى قوله أنت طالق فيقع به تطليقة رجعية وهذا على أصلها ظاهر وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله كذلك لانه بما ألحق كلامه من الصفة لا يخرج من ان يكون ممثلا في ايقاع أصل الطلاق فان الاصل لا يتغير بالصفة بخلاف ما اذا وقع ثلاثا فانه يصير مخالفا في أصل الايقاع لان الثلاث اسم لعدد مركب مؤلف والواحدة في ذوى الاعداد أصل العدد وليس فيه تأليف وتركيب وبينهما مغايرة على سبيل المضادة قال وان وكله ان يطلق امرأتين له فطلق احدهما طلقت لان بضم الثانية الى الأولى لا يتغير حكم الطلاق في حق الاولى فلا يخرج به من أن يكون ممثلا في حقها بخلاف الطلقات الثلاث مع الواحدة فانه يتغير حكم الطلاق من حيث انه ثبت الحرمة النليظة وزوال الملك به لوجود المنافي في المحل وهو الحرمة النليظة قال وان وكله ان يطلق امرأته للسنة فطلقها في غير وقت السنة لم يقع لانه أضاف الوكالة الى وقت السنة فان اللام للوقت قال الله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس أى لوقت دلوك الشمس فلا يكون وكيل في غير وقت السنة ومباشرته ما لم يفوض اليه لا يبطل الوكالة حتي اذا طلقها في وقت السنة بعد ذلك وقع الطلاق قال وان وكله أن يطلقها ثم يطلقها الزوج أو خالها فان طلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لان المملوك للزوج من الطلاق محصور بالعدد فلا يتغير ما أوقعه الزوج بما فوضه الى الوكيل ولكن ما بقى الزوج ماسكا لا يقع الطلاق عليها يبقى الوكيل على وكالته أيضا واذا انقضت عدتها لم يقع طلاق الوكيل عليها بعد ذلك لان الزوج خرج من أن يكون ماسكا لا يقع بعد انقضاء العدة فتبطل الوكالة وكذلك ان تزوجها بعد ذلك لان تمكن الزوج من الايقاع بالسبب المتجدد والوكالة لم تتناوله فلا تمود الوكالة باعتباره وعلى هذا لو ارتدت أو ارتد الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها في العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع بالسبب المتجدد ولو قال لرجل اذا تزوجت فلانة فطلقها فتزوجها الموكل فطلقها الوكيل جاز لان الوكالة تشمل الاضافة كالطلاق وقد وقعت الاضافة الى ما بعد الزواج فنند ذلك يصير كالمستثنى للتوكيل ولو وكل عبدا بطلاق امرأته فباعه مولاه فهو على وكالته لان تمكنه من الايقاع لا يزول بيعة وابتداء التوكيل يصح بعد بيعه وكذلك لو وكل مجنونا

فقبل الوكالة في حال جنونه ثم أفاق فهو على وكالته لان بالافاقة يزاد التمكن من التصرف ولا يزول ما كان نائباً قال ولو وكل مسلم مسلماً بالطلاق فارتد الوكيل ولحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً كان على وكالته اذا لم يقض القاضي بلحاظه وهو بمنزلة الغيبة فاما بعد قضاء القاضي بلحاظه فهو قول محمد رحمه الله وقد بينا الخلاف فيه قال ولو وكل رجلاً بطلاق امرأته والوكيل غائب لا يعلم فطلقها فالطلاق باطل وكذلك سائر العقود لان الوكالة لا تثبت قبل علم الوكيل بها كما في العزل لا تثبت قبل علمه وهذا للأصل الذي قلنا ان حكم الخطاب في حق المخاطب لا يثبت ما لم يعلم به وهذا لان الوكيل نائب عن الموكل معبر عن منافعه في التصرف له ولا يتحقق ذلك إلا بعلمه بخلاف الوصي اذا تصرف بعد موت الموصى قبل علمه بالوصية ينفذ تصرفه استحساناً لان الوصاية خلافة وهو النائب فيها ولان أوانها بعد انقطاع ولاية الموصى وقد تحقق ذلك بموته وانما جوز ذلك للحاجة فالحاجة بعد موت الموصى تصرف الى من يتصرف قياساً فاما هنا فالوكالة امانة والموكل قادر على التصرف بنفسه فلا حاجة الى اثبات حكم الوكالة قبل علم الوكيل بها قال ولو وكله بطلاقها فأبى ان يقبل ثم طلقها لم يقع لان الوكالة ارتدت برده فكانها ارتدت برجع الموكل عنها وان لم يقل الوكيل قبلت وان قال رددت حين طلقها وقم استحساناً وفي القياس لا يقع لما بينا انه معبر لمنافعه والاعارة لا تثبت بمجرد السكوت فاما لم يصير وكيلاً لا يعمل ايقاعه ووجه الاستحسان ان دليل القبول واقدامه على ما فوض اليه بعد علمه به من أدل الدلائل على قبوله الوكالة فقد يباشر بعد القبول وقد لا يباشر قال واذا وكل الصحيح وكيلاً بطلاق امرأته ثلاثاً ثم طلقها الوكيل في مرض الموكل ثم مات الزوج وهي في السدة ورثت لان ايقاع الوكيل كايقاع الموكل بنفسه فان قيل بعد وقوع الثلاث بقاء ميراثها باعتبار التفرار من الزوج ولم يوجد ذلك هنا فان التوكيل كان في الصحة ولم يكن لها في ماله حق يومئذ ولم يوجد من الزوج صنع بعده قلنا لا معتبر بقصد التفرار لان ذلك لا يوقف عليه ولكن متى كان وقوع الثلاث عليها في مرضه باعتبار معنى مضاف اليه يجعل فاراً وان لم يقصد وقد وجد ذلك هنا مع أنه قادر متمكن من عزل الوكيل بعد مرضه فاستدامة الوكالة بعد تمكنه من العزل بمنزلة انشاء التوكيل في أنه يثبت به حكم التفرار وعلى هذا لو كان الموكل عبداً فاعتق بعد التوكيل ثم مرض فطلقها الوكيل أو وكل الذي بعد اسلام المرأة ثم أسلم الزوج ومرض فطلقها الوكيل كان له أن يستديم الوكالة بعد تعلق حقها بماله وكذلك

تعليق المسلم الوكالة بمرضه لان المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالنجز فكأنه انشاء التوكيل
 بعد مرضه قال واذا شهد المولى ان على وكالة زوج أمتهما بالطلاق وان الوكيل قد طلق أو شهدا
 على ذلك وأن الزوج طلقها بنفسه فان كانت الامة تدعى ذلك فهو باطل لانهما يشهدان لها
 وان كانت تجحد فكذلك الجواب في قول محمد رحمه الله وعلى قول أبي يوسف رحمه الله
 الشهادة جائزة وهذا بناء على ما قدمنا في كتاب النكاح أن أبا يوسف رحمه الله يعتبر الدعوى
 والانكار في شهادة الابنين لا ييهما فكذلك في شهادة المولين لا منهما ومحمد رحمه الله يعتبر
 المنفعة وعلى سبيل الابتداء في هذه المسئلة فمحمد رحمه الله يقول هما في معنى الشاهدين لانفسهما
 لان ملك البضع يعود اليهما بعد طلاق الزوج وشهادته لنفسه أو فيما فيه منفعة له لا تكون
 مقبولة وأبو يوسف رحمه الله يقول هذه الشهادة تقوم بطريق الحسبة وهذا لان كون
 الانسان خصما في منافاة الشهادة أبلغ من منفعة له في ذلك وكل أحد خصم فيما هو حق
 الشرع ومع ذلك كانت شهادته في ذلك مقبولة كالزنا ونحو ذلك فكذلك فيما له فيه منفعة
 مع أنه لا منفعة لهما في المشهود به لان موجب الطلاق سقوط ملك الزوج عنها أو حرمة
 المحل عليه لا انتقال ذلك الملك الي المولين وكذلك اذا سقط ملك الزوج ظهر ملك المولين
 لتراخ المحل عن حق النكير وبهذا لا يمنع قبول الشهادة كصاحبي الدين اذا شهدا للمديون
 بمال من جنس حقهما على انسان قبلت الشهادة وان كانا يتمكنان من استيفاء حقهما اذا قبض
 المشهود له المال واذا قال الرجل للرجل طلق امرأتى ان شئت أو ان هويت أو أردت
 فقام من المجلس بطل لانه تمليكك للمشئته منه وذلك يقتصر على المجلس كتمليك المشئته في
 القبول بإيجاب البيع له والوكيل هنا في معنى الخير وقد اتفقت الصحابة رضي الله عنهم على أن
 الخيرة لها الخيار مادامت في مجلسها لانها مالكة للرأى والمشئته متمكنة من ذلك في المجلس
 قيامها منه دليل الاعراض فكذلك بهذا اللفظ يصير متمكنا من الرأى والمشئته وهذا بخلاف
 قوله للاجنبي طلقها فان ذلك انابة واستعارة لمنافعه فيقوم هو في الايقاع مقام الموكل وهذا
 تفويض للمشئته اليه لاستعارة شيء منه ولو قال أنت وكيل في طلاقها ان شاءت أو هويت
 أو أردت لم يكن وكلا حتى تشاء هي ذلك في مجلسها لانه علق التوكيل بمشئتها ولو علق
 الوقوع بمشئتها اقتصر ذلك على المجلس وتأخر الوقوع الى حين وجود مشئتها فكذلك اذا
 علق التوكيل واذا صار وكلا فان قام الوكيل من المجلس قبل أن يطلق بطلت الوكالة قال

عيسى رحمه الله وهذا غلط لان عند مشيتها انما ثبت الوكالة بقول الزوج أنت وكيل في طلاقها وذلك لا يقتصر على المجلس كما لو نجز هذا اللفظ ولكن ما ذكر في الكتاب أصح لان معنى قوله ان شاءت الطلاق وكان هذا بمنزلة قوله ولئن كان المراد ان شاءت هذه الوكالة فثبتت الوكالة بالايقاع بناء على ما فوض اليها من المشيئة ومشيتها تقتصر على المجلس وهو لا يتأبد فكذلك ما يبنى عليه من تمكن الوكيل من الايقاع واليه أشار في الكتاب فقال لانها وكالة بالمشيئة وقعت بحيث لا يملك الزوج فسخها ولو جعل قوله أنت وكيل في طلاقها منفصلا عن المشيئة يملك الزوج فسخها وان قال أنت وكيل في طلاقها ان شئت فان شاء في ذلك المجلس فهو جائز وان قام قبل ان يشاء فلا وكالة لان تعليق الوكالة بمشيئته يكون كاللرأى والمشيئة منه كتعليق الايقاع بمشيئته على ما بينا وان قال أنت وكيل في طلاقها على أنى بالخيار ثلاثة أيام فلو وكالة جائزة والخيار باطل وكذلك لو قال على أن فلانة بالخيار ثلاثة أيام وكذلك هذا في كل تصرف لان اشتراط الخيار باثريه في منع صفة اللزوم والوكالة لا يتماق بها اللزوم بحال فاشتراط الخيار فيما لا يكون مفيدا يكون باطلا ولا اشتراط الخيار ليتمكن به من له الخيار من التفرد بالفسخ بغير رضا صاحبه وهذا في الوكالة ثابت بدون اشتراط صاحب الخيار وكما لا يصح اشتراط الخيار لنفسه في الوكالة لا يصح اشتراطه لغيره قال ولو وكله بطلاق امرأته فقال الوكيل أنت طالق غدا لم يقع وان جاء الغد لانه مفوض اليه التخيير والاضافة الى وقت والتعليق بالشرط غير التخيير قال وان وكله أن يطلقها ثلاثا بألف درهم أو على الف فطلقة واحدة أو اثنتين لم يقع لانها لو وقعت وقعت بمحضها من الالف والزوج لم يرض بزوال ملكه عنها الا بعد أن يجب له عليها جميع الالف فكان بما صنع مخالفا وفيه ضرر على الموكل بخلاف التوكيل بالايقاع بغير عوض وان بألف درهم أو أكثر جاز لانه حصل ما هو مقصود الزوج من المال وتفعه لبقاء صفة الحل في المحل حين اقتصر على ايقاع الواحدة وليس لوكيل بالخلع قبض المال لان الذي من جانب الزوج في باب الخلع ايقاع الطلاق والوكيل معبر عنه اما حقيقة بالاضافة اليه أو حكما لانه غير ملك للايقاع بنفسه فهو نظير وكيل المولى في العتق يجعل أو لانه لا يتوجه عليه المطالبة بتسليم الموقوف عليه فلا يكون له قبض البدل قال وان وكله أن يطلق امرأته وله أربع نسوة ولم يسم له امرأة بعينها فان أوقع الطلاق على احدى نساءه جاز لانه ممثّل أمره فانه أمره بايقاع الطلاق على

امراة غير معينة وقد فعل فان طلقهن جميعا وقع الطلاق علي واحدة منهن لانه في حق الواحدة
ممثل أمره وفيما زاد عليه مبتدى فيقع على الواحدة بغير عينها والبيان الى الزوج كما لو وقع
بنفسه على احدها بغير عينها وليس الى الوكيل من البيان شيء لانه معبر عن الزوج وقد
انتهى حكم وكالته بايقاعه قال ولو وكله أن يطلق امرأته فطلقها الوكيل ثلاثا فان كان نوى
الزوج ثلاثا فهو جائز لان قوله طلقها تفويض وهو يحتمل معنى العموم والخصوص فاذا نوى
الثلاث فقد نوى العموم في التفويض وذلك صحيح منه ثم الوكيل ممثل أمره في ايقاع الثلاث
وان لم يكن نوى ثلاثا لم يقع شيء في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما تقع واحدة بمنزلة
مالو قال طلقها واحدة وطلقها ثلاثا وكذلك لو قال اخلمها فطلقها ثلاثا فهو على ما بينا لان نية
الثلاث تقع في الخلع ولو قال طلق احدها بغير عينها أو اخلمها كان ذلك جائزا بمنزلة ما لو قال
طلق أيتها شئت وهناك يملك الايقاع على واحدة بعينها وكذلك اذا طلق احدها (الأتري)
أنه لو قال بيع عبدا من عبيدي فباع واحدا منهم بعينه جاز ولو قال الموكل لم أعن هذا لم
يصدق فكذلك في الطلاق فان قيل التعيين من ضرورة ما فوض اليه فان بدون التعيين
لا ينفذ بيعه وهنا التعيين ليس من ضرورة ما فوض اليه فان بدون التعيين يقع الطلاق على
احدها فينبغي ان لا يملك الوكيل الايقاع على المينة لما فيه من قطع خيار الزوج قلنا هذا
أن لو شرط الزوج لنفسه خيارا وهنالم يشترط ولكن ثبوت الخيار له عند انعدام تعين محل
الطلاق وذلك لا يوجد اذا وقع على احدها بعينها وهذا لان المعتبر مانص عليه في التوكيل
وهو انما نص على الايقاع على واحدة وهذه واحدة منهن قد وقع عليها فكان ممثلا لما نص
عليه الموكل وكذلك لو طلق واحدة منهن بغير عينها وقع لانه ممثل أمره بالايقاع على واحدة
منهن ثم الخيار الى الزوج لانعدام تعين محل الطلاق ولا يملك الوكيل التعيين لان وكالته قد
انتهت بالايقاع فاما قبل الايقاع فوكالته قائمة فلماذا ملك الايقاع على واحدة بعينها قال واذا
وكلت المرأة رجلا أن يخلعها من زوجها على مال أو علي ما بداله فخلعها على المهر الذي أخذت
منه فهو جائز عليها وهو دين على المرأة ولا يؤخذ به الوكيل لانه معبر عنها فانه لا يستغنى
عن اضافة المقد اليها فيقول اخلع امرأتك ولا يقول اخلمني ولانه ليس علي الوكيل من تسليم
المعقود عليه شيء فلا توجه عليه المطالبة بالبدل أيضا قال واذا وكلته بالخلع فله أن يخلعها في
ذلك المجلس وغيره مالم تمزله لان التوكيل مطلق فهو بمنزلة الوكيل في سائر التصرفات أو

التوكيل بالخلع من جانب الزوج قال ولو وكل الرجل رجلا ان يخلع امرأته ووكلت المرأة ذلك الرجل ان يخلعها من زوجها خلعها الوكيل من نفسه ولم يلق الزوج ولا المرأة فخلع باطل وهو في هذا بمنزلة البيع لان الخلع من جانبها التزام للمال بعوض فيكون في حكم البيع وهذا لان المال في الخلع لا يجب الا بتسمية البدل فالواحد اذا تولاه من الجانبين يكون مستزيدا أو مستنقصا وذلك لا يجوز وكذلك ان كان البدل مسمى لان تسمية البدل من جانب الزوج يمنع الوكيل من النقصان دون الزيادة ومن جانب المرأة يمنع من الزيادة دون النقصان قال ولو وكلت المرأة زوجها ان يخلعها من نفسه بما شاء خلعها من نفسه بخادمها فهو باطل الا أن تجب المرأة ذلك وكذلك لو وكل الزوج المرأة ان تخلع نفسها منه فخلعت نفسها منه بمال أو عرض فان ذلك لا يجوز الا أن يرضى الزوج به وهذا بمنزلة البيع من الوجه الذي قلنا وهذا لان المرأة رضيت بالخلع لا بزوال ملكها عن الخادم والزوج رضى بالخلع لا بدخول ذلك العرض بعينه في ملكها فلهذا لا يجوز الا برضا من الجانبين ولو قال الرجل لامرأته اشترى طلاقك مني بما شئت فقد وكلتك بذلك فقالت قد اشتريته بكذا وكذا كان باطلا لما بينا أنها لا تصلح نائبة عن الزوج في تعيين جنس البدل وتسمية مقداره فيما يجب عليها لانها بحكم النيابة تكون مستزيدة في ذلك واعتبار جانبها تكون مستنقصة ولو قال لها طلق نفسك مني بكذا وكذا فخلعت كان ذلك جائزا لان الزوج هنا قدر البدل بنفسه ثم جعلها نائبة عنه في الايقاع وهي تصلح معبرة عن الزوج في ايقاع الطلاق قال ولا تنشئ الطلاق بالمال كالخلع بغير مال وقيل هذا غير صحيح فانه ذكر في الخلع بمال انه جائز فاما معنى هذا الفرق الذي أشار اليه قيل معناه اذا قال لها طلق نفسك أو اختلعي مني بغير مال فلو قمته كان صحيحا ولو قال بما شئت لم يكن صحيحا إلا ان يرضى به الزوج قال واذا وكل الرجل رجلا ان يخلع امرأته خلعها الزوج أو بانته منه بوجه ثم تزوجها في العدة أو بعدها لم يكن للوكيل ان يخلعها لان بوقوع البيئونة خرج الموكل من أن يكون مالكا للخلع فيتضمن ذلك عزل الوكيل ثم لو تزوجها بعد ذلك بسبب مستأنف لا يوجب إعادة الوكالة وكذلك لو وكلته هي سقطت برده أو بطلاق الزوج قال ولو وكله ان يخلعها على عبد لها على ان زادها مائة درهم فأبى الزوج ان يلتزم المائة بطلت حصتها من العبد لان العقد في حصصة المائة شراء ولم يفوض الزوج اليه ذلك وجاز له حصصة المهر وقد بينا في النكاح نظيره قال ولو كان الوكيل ضمن المائة لها لزمته

بالضمان ولا يرجع بها على الزوج لانه ضمن بفسير أمره وهذا لان ضمان البدل في باب الخلع من الوكيل صحيح فكذلك ضمان ما كان ثبوته تبعا للخلع والشراء في حصة المائة يثبت تبعا على ما قدرنا فيصح التزام الوكيل ذلك بالضمان ولا يملك الوكيل بمقابلته شيئا من العبد بل يكون العبد كله للزوج بدلا في الخلع قال ولو خلعها الوكيل على حر أو خمر أو دم أو خنزير فالخلع باطل لانه لو وقع الطلاق هنا وقع بغير جعل فصار كما لو أوقعه الزوج بنفسه والموكل بهذا لم يرض بخلاف النكاح فانه لو صح النكاح عند تسمية الخمر والخنزير كان بموض كما لو ترك تسمية العوض أصلا قال ولو خلعها على درهم جاز عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصلهما فيما يفسد الوكالة بالعرف وان خلعها على حكمها أو على حكم الوكيل جاز لان الطلاق بهذا الخلع يقع بموض كما لو باشره الزوج بنفسه ثم الواجب عليها رد المقبوض من الصداق فان حكمت بذلك أو أكثر جاز حكمها وان حكمت أو حكم الوكيل بأقل من ذلك لم يجز حكمه لان فيه اسقاط حق الزوج عن بعض ما صار مستحقا له فهما لا يملكان ذلك قال واذا وكلت المرأة الذمية مسلما بخلعها من ذمي على خمر أو خنزير جاز وكذلك النكاح لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم ولو كان أحد الزوجين مسلما والوكيل كافرا جاز الخلع وبطل الجعل لان الوكيل ممتثل أمره حين سمي ما هو مال متقوم في حقه والكن المسلم ممنوع من تملك الخمر وتملكها بالمقد فلهذا بطل الجعل وهذا على أصلهما ظاهر لانهما يعتبران حال الموكل كما في التوكيل ببيع الخمر وشراؤها وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله هناك كذلك لان الوكيل سفير ومعبور لا يتعلق به شيء من حقوق المقد هنا بخلاف الوكيل بالبيع والشراء قال ولو وكل رجلا بأن يخلع امرأته وقال له ان أبت الخلع فطلقها فأبت الخلع فطلقها وقع بإتباعه ثم هذا كإتباع الموكل بنفسه وإتباع الموكل بصريح الطلاق لا يمنع بقاء الوكالة بالخلع فكذلك إتباع الوكيل حتى لو قالت انا اخلع نخلها وهي في العدة جاز لان الاول كان رجعا والطلاق الرجعي لا يمنع الخلع وقد بينا الوكالة بالخلع بعد ما أبانها فلهذا صح الخلع والله أعلم

باب الوكالة في الاجارة والمزارعة والمعاملة

(قال رحمه الله) واذا كانت الأرض بين رهط فوكل أحدهم وكيلا باجارة نصيبه فأجره من جميعهم جاز وان أجره من أحدهم لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز عندهما

بمنزلة مالو باشره الموكل بنفسه واصل المسئلة أرض بين رجلين أجر أحدهما نصيبه من صاحبه يجوز بالاتفاق لتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه كما تناوله العقد ولو أجره من أجنبي لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز عندهما لأن بيع المنفعة معتبر ببيع العين فالشروع لا يمنع صحته وأبو حنيفة رحمه الله يقول المستأجر لا يقدر على استيفاء المعقود عليه كما تناوله العقد لأن المعقود عليه، منفعة نصيب من العين شائع والاستيفاء جزء معين إذا عرفنا هذا فقول هنا إذا أجر نصيبه من جميع شركائه فهم يقدرون على الاستيفاء كما هو قضية العقد وإن أجره من أحدهم لم يقدر على استيفاء المعقود عليه كما تناوله العقد فلماذا لم يجز العقد عنده والوكيل بالاجارة إذا أجره بمرض أو خادم بعينه فهو جائز وعند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر وعندهما تقييد التوكيل بالبيع بالنقد لدليل العرف ولا عرف في الاجارة بل العرف فيه مشترك ولأن البيع بمرض بعينه شراء من وجهه وهنا تعيين الاجارة لا يخرج العقد من أن يكون اجارة من كل وجه ولأننا لو جعلناه مخالفاً تضرر به الموكل لأن الأجر يكون للعقد ولا ضمان عليه فإن المنافع لا تقوم بخلاف بيع العين والوكيل بالاجارة خصم في اثبات الاجارة وفي قبض الأجر وجنس المستأجر به لأن الاجارة بيع المنفعة فباسم بيع العين والوكيل وكيل في إضافة العقد اليه وكان في حقوق العقد كالعقد لنفسه فإن وهب الأجر للمستأجر أو أبراه منه جاز أن لم يكن شيئاً بعينه ويضمنه للآمر وإن كان شيئاً بعينه لم يجز أبرأوه ولا هبته لأن الغير صار مملوكاً له باستيفاء المنفعة واشتراط التعجيل فتصرف الوكيل بالهبة يلاقى عيناها ملك الغير بغير أمره فكان باطلاً في غير المعين وإنما وجب الأجر بعقد الوكيل عند استيفاء المنفعة ديناً في ذمة المستأجر فيكون بمنزلة الثمن في البيع وقد بينا أن الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن صح أبرأوه وصار ضامناً للآمر في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله فهذا مثله وأما إذا أبراه عن جميع الأجر قبل استيفاء المنفعة فهو على الخلاف الذي عرف في المؤجر إذا كان مالكا فأبرأ عن جميع الأجر قبل استيفاء المنفعة وفيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله مذكور في الاجارات وموت الوكيل لا ينقض الاجارة وموت رب الأرض أو المستأجر ينقضها لأن الانتقاض بموت رب الأرض باعتبار أن العين قد انقلبت إلى ملك الوارث فالمنافع بعد الموت تحدث على ملك الوارث وفي هذا لا يفترق الحال بين أن يكون هو المؤجر بنفسه أو وكيله وبموت المستأجر إنما تنتقض لأن الارث لا يجري في المنافع المجردة

وعند موت الوكيل لا يتحقق واحد من هذين المعنيين فلا تنتقض الاجارة وكذلك الجواب في وصي اليتيم وقيم الوقف بعد ما أجر العين قال ولو أن الوكيل ناقض المستأجر الاجارة قبل استيفاء المنفعة جازت مناقضته ان كان الاجر ديناً أو عيناً بخلاف الاقالة في بيع العين وقد قررنا هذا الفرق فيما سبق (ثم زاد فقال) الا أن الوكيل قد قبض الأجر فحينئذ لا يجوز مناقضته لان المقبوض صار مملوكاً للآمر بعينه فان الأجر يملك بالتعجيل وفي هذه المناقضة ابطال ملك الأمر عن العين وابطال يده لان مقبوض الوكيل صار كالمقبوض للأمر فاما قبل القبض وان كان الأجر عيناً فلم يصير مملوكاً فلا تثبت اليد أيضاً للأمر فلهذا ملك الوكيل نقض العقد فيه وأما بعد استيفاء المنفعة فلا يتصور مناقضة الاجارة قال واذا وكله أن يؤجره أرضاً له وفيها بيوت ولم يسم البيوت فله أن يؤجر البيوت والارض وكذلك لو كان فيها ربحاً لان ما في الارض من البناء وصف وتبع له حتى يدخل في البيع من غير ذكر فكذلك في الاجارة لانه صالح لما يصلح له الاصل بطريق الاجارة فكذلك إذا وكل الوكيل بأن يؤجره واذا أجر الارض صاحبها ثم وكل وكيلاً بقبض الأجر فهو جائز كالتوكيل بقبض سائر الديون فان آخر الوكيل الأجر عن المطلوب أو حطه عنه أو صالحه على نقض دينه لم يجوز لانه غير مافوض اليه وهو نائب محض فلا يصح منه الا مافوض اليه وان وكله أن يؤجرها بدراهم فأجرها بدنانير لم يجوز لانه خالف ما أمره به نصاً ولو أجرها باكثر مما سمي له من الدراهم جاز الا على قول زفر رحمه الله وهو نظير الوكيل بالبيع بألف اذا باع بألفين فعند زفر رحمه الله ظاهر لانه خالف اللفظ في الفصلين ونحن نقول اذا حصل مقصود الأمر وزاد خيراً لم يكن تصرفه خلافاً وكذلك الوكيل بالاستئجار مدة معلومة بدراهم مسماً اذا استأجرها بأقل من ذلك والوكيل بالاجارة والاستئجار بالدراهم ليس له أن يزارع لانه مخالف لما أمره به نصاً وكذلك الوكيل بالمزارعة ليس له أن يؤجر بدراهم ولا حنطة لانه مخالف لما أمره به نصاً أما في الاستئجار بدراهم فغير مشكل وكذلك بالحنطة لان الأمر انما رضى بأن يكون حق صاحب الارض في جزء من الخارج لافي ذمته والاستئجار بالحنطة يوجب الأجر في ذمته وله في هذا منفعة فربما يصيب الخارج آفة فاذا كان أجرها مزارعة لم يضمن شيئاً واذا استأجره بحنطة في ذمته كان ضامناً للاجر قال واذا وكله أن يستأجرها له فأخذها له مزارعة لم يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى جواز المزارعة أصلاً

وتجوز عندهما لان المزارعة عقد وهي من صاحب البند استئجار الارض بجزء من الخارج
 فاذا لم يسم له الامر بأى شئ يستأجرها له أن يستأجرها ببعض الخارج لان فيه منفعة
 للامر فانه ان حصل الخارج يجب الاجر وان لم يحصل لا يجب شئ ولو استأجرها بأجرة
 مسماة يجب الاجر سواء حصل الخارج أو لم يحصل قال واذا وكله أن يستأجر له أرضا فاستأجرها به من مكيل أو موزون بغير عينه فهو جائز على الامر في قول أبى حنيفة رحمه الله
 وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هو على الدراهم والدنانير وما يستأجر به الارض مما يخرج
 منها من المكيل والموزون ونحوه أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلان التوكيل بالاستئجار مطلق
 فما استأجر به من مكيل أو موزون بغير عينه فهو جائز لانه استئجار مطلق وقيل هذا بناء
 على قوله الأول في التوكيل بالشراء انه يملك الشراء بمكيل أو موزون بغير عينه فاما على قوله
 الآخر كما يملك التوكيل بالشراء أن يشتري الا بالنقد فكذلك التوكيل بالاستئجار وقيل بل
 بينهما فرق لان في الشراء بالنقد عرفا ظاهرا فاذا تعذر حمل التوكيل على العموم حمل على
 المتعارف وليس في الاستئجار مثل ذلك الفرق فقد يكون بمكيل أو موزون بالنسيئة كما
 يكون بالنقد فاما عندهما فالوكيل بالاستئجار يملك أخذ الارض مزارعة وذلك استئجار
 ببعض ما يخرج الارض فاذا استأجرها بالدراهم أو بشئ مما يخرجها تلك الارض كان
 ممتثلا أمر الامر فيجوز وان استأجرها بشئ من الجراب أو المكيل أو الموزون بعينه كان
 مخالفا لانه لو نفذ هذا التصرف منه خرج ملك العين عن ملك الامر وهو مأمور من جهته
 بادخال المنفعة في ملكه لا ينقل الملك بشئ من أعيان ماله الي غيره قال وللوكيل بالمزارعة
 والمعاملة أن يقبض نصيب رب الارض من الخارج لانه وجب بمقده فان وهبه للعامل أو
 أبراه منه لم يجز في قول من يجوز المزارعة والمعاملة لان رب الارض في نصيبه من الخارج
 عينا وقد بينا أن الاجر اذا كان شيئا بعينه فليس للوكيل فيه ولاية الابرأ والهبة قال واذا وكله
 أن يدفع أرضه مزارعة فأجرها بحيوان أو بدراهم لم يجز لانه مأمور بأن يؤجرها بجزء مما
 يخرجها الارض وقد خالف ما أمر به نصا وان أجرها بمحنة كيلا أو بشئ مما يزرع يجوز ذلك
 في قول من يجز المزارعة لانه حصل مقصود الامر بطريق هو أنفع له مما سمي له فانه لو دفعها
 مزارعة ثم اصطلح الزرع آفة لم يستوجب الامر شيئا واذا أجرها بمحنة كيلا كان الامر مستحقا
 للاجر وان اصطلح الزرع آفة وفيه يحصل مقصوده لان الاجر المسمى من جنس ما يخرجها

الارض فلها كان صحيحا قال واذا وكله أن يدفعها مزارعة فدفعها الي رجل وزرعها رطبة
أوشيا من الحبوب كان هذا جائزا لان هذا كله من عمل المزارعة والضرر على الارض
فيه غير متفاوت فان دفعها الي رجل يفرس فيها شجرا لم يحز لان الفراسة ليست من
المزارعة في شيء والضرر على الارض في عمل الفراسة ليس من جنس ضرر عمل المزارعة
فلها كان مخالفا ثم فرق بين هذا وبين ما اذا أخذ الارض مزارعة ولم يبين الأمر ما يزرع
فيها لم يحز والتوكيل بدفعها مزارعة يجوز في هذا لان الوكالة مبنية على التوسع وتسمية
البذل في الوكالة ليس بشرط والجهالة المستدركة لا تمنع صحتها بخلاف المزارعة فاتها تتعلق بها
صفة الزوم على قول من يميزها فلا بد أن يكون البذل معلوما فيها وانما يصير الجنس معلوما
ببيان ما يزرع فيها قال ولو وكله بدفعها لمن يفرس فيها النخل بالنصف فدفعها له لم يحز قال
ولو وكله في أرض له ليدفعها الي رجل يبني فيها بيوتا ويؤجرها بالنصف ويكون الاجر
بينهما نصفين فهو جائز في قول من يميز المعاملة وليس هذا مذهب علمائنا رحمهم الله بل هو
قول أهل المدينة رحمهم الله (يباه في مسألة الدسكرة في كتاب المضاربة) قال ولو وكل
رجل رجلا أن يستأجر له أرضا فاستأجرها فالاجر انما يجب لرب الارض على الوكيل
وللوكيل على الامر بمنزلة التوكيل بالشراء حتى لو وهب رب الارض الاجر من المستأجر
أو أبرأه منه كان للمستأجر أن يأخذ من وهبها له ولو أراد المستأجر أن يأخذ من الامر الاجر
قبل أن يؤديه كان له ذلك كما في التوكيل بالشراء وكذلك لاسبيل لرب الارض على الأمر
له في المطالبة بالاجر لانه لم يامله بشيء قال ولومات المستأجر كان ينبغي في القياس ان الاجارة
له لانه في حكم العقد بمنزلة العاقد لنفسه ولكنه استحسن فقال موت العاقد ليس بمبطل للاجارة
بمعناه بل لما في إبقائه من توريث المنفعة وذلك غير موجود هنا لان المنفعة كانت مملوكة
للأمر يستوفى قبل موت الوكيل وبعده بصفة واحدة قال ولو أن المستأجر ناقض رب
الارض الاجارة فان كانت الارض في يد المؤجر جازت المناقضة لان الأمر لم يملك بنفس
العقد شيئا من المعقود عليه ولا ثبتت يده على شيء فصحت المناقضة من الوكيل كما في جانب
الوكيل بالاجارة وان كان قد دفعها الي الأمر أو المستأجر ثم ناقض في القياس يجوز أيضا
لان الأمر لم يملك شيئا من المعقود عليه لكونها معدومة وكذلك لم تثبت يده على المعقود عليه
حتى لو تلفت لخراب الدار كان في ضمان الاجر كذلك ولكنه استحسن فقال قبض محل المعقود عليه

وهو الارض أو الدار جعل بمنزلة قبض العقود عليه كما ان عين الدار والارض جعل قائما مقام العقود عليه في جواز العقد (ألا ترى) أنه لا يملك التصرف قبل قبض الدار ويملك بعد ذلك وقد ثبتت يد الأمر على الارض حقيقة بقبضه وحكما بقبض المستأجر وصار استدامة اليد الى انتهاء المدة مستحقا له فلا يملك الوكيل ابطال ذلك الحق عليه للمناقضة استحسانا قال واذا وكله أن يستأجرها له سنة فاستأجرها سنتين فالسنة الاولى للأمر والسنة الثانية للوكيل لان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة تجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة في المدة التي سمي له الأمر امثله أمره بالاستئجار له وحصل مقصوده وفيما زاد على ذلك انشأ التصرف بغير أمره فيكون عاقدا لنفسه ويكون كالمضيف العقد الذي باشره لنفسه الى وقت في المستقبل ولان التوكيل بالاستئجار كالنوكيل بالشراء والوكيل بشراء شيء بعينه اذا اشترى ذلك الشيء مع غيره كان مشتريا ذلك الشيء للأمر وما سواه يصير مشتريا لنفسه قالوا واذا وكله أن يستأجر له دارا فسقط قبض الدار قبل أن يقبضها أو بعد ما قبضها فقال المستأجر أنا أرضي بها فانها تلزم المستأجر دون الأمر بمنزلة الوكيل بالشراء يعلم بالعيب فيرضى به وذلك يلزمه دون الأمر فهذا مثله الا أن هنا يستوى ان كان الانهدام قبل قبض الدار أو بعده لان قبض الدار العقود عليه لا يدخل في ضمان المستأجر وانهدام بعض البيوت يمكن نقصانا في العقود عليه فيكون منشئا الخيار للمشتري والمستأجر والأمر قال ولو وكل رجلين أن يستأجرا له أرضا فاستأجرا أحدهما لزم الوكيل لان هذا عقد يحتاج فيه الى الرأي وقد فوضه اليهما فلا يفرد به أحدهما واذا تعذر تنفيذه على الأمر نفذ العقد على المباشر بمنزلة الوكيلين بالشراء فان قال الأمر أنا أرضي بذلك فللمستأجر أن يمنع منه لانه صار عاقدا لنفسه فلا يملك استحقاقه عليه بغير رضاه فان دفعها اليه فهو للأمر باجارة مستقبلية ويجعل الوكيل عند التسليم اليه كان يقول أجرتك هذه الى كذا كذا فهو بالقبض يصير كأنه قال استأجرته منك والله أعلم بالصواب

باب الوكالة من أهل الكفر

(قال رحمه الله) واذا وكل الذي الذي يقبض خمر له بئسها فصارت خلافا له أن يقبضها لان المين باقية بعد التخلل والهينة باقية وانما اختلف العلم والوكالة انما صحت لبقاء المين فما بقيت المين صحت الوكالة وبقيت وكذلك المسلم يوكل المسلم قبض عصير له بعينه فيصير العصير

خلافه أن يقبضه ولم يذ كر ما اذا صار خرا والصحيح ان له أن يقبضه أيضا لان الموكل يملك قبضه بعد التخمر فيملك وكيله قبضه أيضا قال ولو وكل ذمي ذميا يقبض جلود ميتة ودباغها ففعل ذلك فهو جائز وهذا لا يختص بالذمي والجواب في المسلم هكذا لان القبض اثبات اليد على العين ما لا كان أو غير مال والموكل يملك ذلك بنفسه وهو أحق به لان ملكه لم يبطل ببطان المالية الا انه وضع هذه المسائل في أهل الذمة صيانة للمسلمين عن التداول لآعيان نجسة قال واذا وكل الحربى مسلما أو ذميا أو حريا بتقاضى دين له في دار الاسلام وأشهد على ذلك شهودا من أهل الاسلام فخرج وكيله من دار الحرب وطلب ذلك فهو جائز لانه خرج بنفسه مسلما أو ذميا أو مستأمنًا فطلب ذلك الحق جاز فكذلك اذا بحث وكيله لانه ربما يعجز عن الخروج بنفسه والتوكيل استعانة بالغير فيما يعجز فيه عن مباشرة بنفسه وعلى هذا لو وكل يقبض وديمة له أو يبيع شئ أو شرائه في دار الاسلام وعلى هذا توكيل المسلم أو الذمي أو الحربى المستأمن في دار الاسلام بخصومة أو بيع أو غير ذلك لان المسلم والذمي من أهل دار الاسلام وهو يملك الخصومة بنفسه فيملك أن يوكل الحربى المستأمن بها قال فان كان الحربى مستأمنًا فالحق بدار الحرب فان كان الذى وكله مسلما أو ذميا انتقلت الوكالة لتباين الدارين حقيقة وحكما وذلك قاطع لا قوى أنواع العصمة وهو النكاح فلان يقطع الوكالة بالخصومة أولى (الآ ترى) ان ابتداء التوكيل بهذه الصفة لا يجوز فكذلك لا يبقى قال واذا كان الذى وكله حريا من أهل داره ففى القياس تبطل الوكالة أيضا لما قلنا ولكنه استحسن فقال انفاق الدارين حكما قد ندمم هنا لان المستأمن وان كان فى دارنا صورة فهو من أهل الحرب حكما (الآ ترى) انه ممكن من الرجوع والظاهر انه يرضى بتصرفه بحد رجوعه الى دار الحرب لانه على عدم اللحق بدار الحرب بخلاف المسلم والذمي قال واذا وكل المستأمن مستأمنًا بخصومة ثم لحق الموكل بالدار وبقي الوكيل يخاصم فان كان الوكيل هو الذى يدعى للحربى الحق قبلت الخصومة فيه لما بينا وان كان الحربى هو المدعى عليه ففى الاستحسان كذلك اعتبارا لاحد الجانبين بالآخر وتحقيقا للتسوية بين الخصمين وفى القياس تنقطع الوكالة حين يلحق بالدار وبالقيااس نأخذ لان المقصود من الخصومة القضاء وانما توجه القاضى للقضاء على الموكل دون الوكيل (الآ ترى) ان فيما يقيم من الحججة عليه يراعى دين الموكل دون الوكيل وبعد ما رجع الموكل الى دار الحرب حريا لا يبقى لقاضى المسلمين عليه ولاية

الزام القضاء فلهذا تبطل الوكالة فاما اذا كان الموكل هو المدعى فانما يوجه القاضي القضاء على الخصم الذي هو في دار الاسلام لخصومة وكيل الحربى وله هذه الولاية فلهذا بقيت الوكالة قال ولو وكل المستامن ذميا ببيع متاع أو بتقاضى دين سوى الخصومة ثم لحق بدار الحرب فهو جائز لان ابتداء التوكيل وهو في دار الحرب صحيح فبقاؤه أولى قال وان كان الموكل ذميا والوكيل مستأمننا فلحق بالدار بطلت الوكالة لان الذمى من أهل دارنا كالمسلم ومن هو في دار الحرب حقيقة وحكما في حق من هو في دار الاسلام كالميت فكما لا يبقى بعد موت الوكيل فكذلك بعد لحاقه بخلاف ما اذا كان الموكل حربيا لانه من أهل تلك الدار حكما فلا يصير الوكيل باللاحق بالدار في حقه كالميت قال وان وكل المرتد وهو في دار الحرب وكلا ببيع شئ من ماله في دار الاسلام لم يجز لان بلحقه بالدار زال ماله عن ملكه وصار في حكم الميت ولهذا يقضى بالمال لو ارثه لانه انما وكل ببيع مالا يملك يبعه بنفسه فان أسلم بعد ذلك لم تجز الوكالة لانه لما لم يكن مالكا عند التوكيل تعينت جهة البطالان في وكالته فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك يعود الملك اليه (ألا ترى) انه لو باع بنفسه ثم أسلم لم ينفذ ذلك البيع قال ولو وكله وهو مسلم ثم ارتد ثم أسلم قبل لحاقه بدار الحرب فهو على وكالته في جميع ذلك لان ملكه لم يزل قبل لحاقه بل توقف وباسلامه قبل لحاقه يعود (ألا ترى) انه لو باع بنفسه ثم أسلم نفذ البيع فكذلك تبقى وكالة الوكيل في جميع ذلك ما خلا النكاح لانه بالردة خرج من ان يكون مالكا للنكاح بنفسه فتبطل الوكالة به أيضا ثم لا يعود الا بالتجديد قال ولو لحق بدار الحرب مرتد ثم جاء مسلما فالوكيل على وكالته إلا أن يكون القاضي قضى بلحقه وقسم ماله بين ورثته حينئذ ينزل الوكيل ثم لا يعود وكلا وان جاء مسلما لان للقوق بدار الحرب اذا لم يتصل به قضاء القاضي فهو غيبة واذا اتصل به قضاء القاضي فهو كالموت ولم يذكر هذا التقسيم فيما اذا كان ابتداء التوكيل بعد ما لحق بدار الحرب فن أصحابنا رحمهم الله من قسمه على أحد الفصيلين والاصح هو الاول والفرق بينهما أن تعيين اللقوق بدار الحرب لا يمنع ابتداء التصرف من المرتد فلا يمنع بقاءه ما لم يقض القاضي بلحقه (ألا ترى) انه لو باع بنفسه بعد ما التحق بدار الحرب شيئا من ماله في دار الاسلام ثم جاء مسلما لم ينفذ ذلك البيع فكذلك الوكالة بالافرق بينهما قال واذا وكل الرجلان رجلا ان يشتري لهما جارية بعينها ثم ارتد أحدهما ولحق بالدار ثم اشتراها الوكيل لزم الوكيل نصفها والموكل الثاني نصفها لان

كل واحد منهما وكاه بشراء النصف له ففي نصف الذي لحق بالدار جعل كأنهما لحقا فيكون الوكيل مشتريا لنفسه وفي نصيب الذي بقي يجعل كأنهما بقيا في دارنا فيكون مشتريا له وهذا قياس موت أحد الموكلين فان قال ورثة المرتد اشتريتها قبل ان يرتد صاحبها وكذبهم الوكيل فالقول قوله مع يمينه لان الورثة يدعون الارث فيما لم يثبت الملك لمورثهم فيه ولان الشراء حادث فيحال بالحدوث الي اقرب الاوقات وهم يدعون فيه تاريخا سابقا ولان الظاهر أن المرء يكون متصرفا لنفسه حتى يقوم الدليل على أنه يتصرف لغيره ولو كان الوكيل تقدم مال المرتد فالقول قول الورثة لان الظاهر شاهد لهم فان الانسان في تصرفه لنفسه لا يتقدم مال غيره فان أقاما البينة فالبينة بينة الورثة أيضا لانهم يثبتون الملك لمورثهم وسبق التاريخ في المقدم الذي باشره الوكيل وعلى هذا لو كان المرتد هو الموكل وحده فالجواب لا يختلف ولو قال الوكيل اشتريتها قبل لحاقه بدار الحرب وكذبه الورثة فالقول قول الوكيل اذا كان المال مدفوعا اليه وهو ليس تميم مال قائم في يده أو يد غيره وان لم يكن المال مدفوعا اليه فالقول قول الورثة لانه يدعى عليهم وجوب ثمن المشتري وهم ينكرون ذلك وكذلك ان كان المال المدفوع اليه بيمينه في يده أو في يد البائع لان عينه صارت ملكا لهم فهو بقوله يبطل ملكهم وقد بينا نظير ذلك في موت الموكل قال واذا وكل الرجل رجلا ان يخلع امرأته على مال أو يطلقها بتأخير مال ثم ارتد الزوج ولحق بالدار أو مات وخلعها الوكيل أو طلقها فقالت المرأة فعل ذلك بعد موت زوجي أو بعد لحاقه وقال الوكيل والورثة كان ذلك في حياته واسلامه فالقول قول المرأة والطلاق باطل ومالها مردود عليها ولها الميراث لان الخلع والايقاع من الوكيل حادث والورثة يدعون فيه سبق التاريخ وهو ينكر فالقول قولها الا ان تقوم البينة فحينئذ يثبت التاريخ بينة الورثة قال ولو وكل وكيلًا بعق عبد له على مال أو غير مال أو مكاتبته ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب أو مات فقال الوكيل فعلت ذلك في اسلامه وكذبه الورثة فالقول قول الورثة لان سبب ملكهم في العبد ظاهر فالوكيل مخبر بما يبطل ملكهم عن العبد وهو لا يملك انشاءه في الحال فلا يقبل قوله بخلاف ما تقدم فان الورثة لا يخلفونه في ملك للرأه نكاحا فهذا جملنا القول قولها هناك وفي الحقيقة لا فرق وفي الموضوعين جميعا يجعل تصرفه محالا به على اقرب الاوقات لانه لم يثبت فيه سبق التاريخ ولهذا لو قامت لهم جميعا البينة أخذ بينة الوكيل والعبد لان فيها اثبات سبق التاريخ ولو

دفع الى رجل ألف درهم فقال تصدق بها أو اقضها فلان عني ثم ارتد الأمر ولحق بالدار فقال الوكيل فعلت ذلك في اسلامه فالقول قوله لأنه أمين مسلط أخبر بما ساط عليه فيوجب قبول قوله اذا لم يكن كذبه ظاهرا وان أقاموا البيينة فاليينة بيئته أيضا لأنه يثبت سبق التاريخ في تصرفه بيئته وكذلك أو وكله ببيع عبد بعينه فقال قد بعته في اسلامه ودفعت اليه الثمن فان كان مستمسكا فالقول قوله والبيينة بيئته لما بينا وان كان العبد قائما بعينه لم يصدق الوكيل لأنه يخبر بزوال ملك الورثة عنه بتصرف لا يملك انشاء في الحال وكذلك هذا كله في المرتدة اللاحقة بالدار لان بعد الحقوق حال الرجل والمرأة فيه سواء قال وان كان الموكل قد عاد مسلما من دار الحرب ثم اختلف هو والوكيل فالقول فيه مثل الأول كاختلاف الوكيل مع الورثة لما قلنا قال ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها ثم ارتد الأمر ولحق بالدار فقال الوكيل زوجته في اسلامه وكذبه الورثة والموكل بعد جاء مسلما فانه لا يقبل قول الوكيل أو المرأة لان الوكيل يخبر بما لا يملك استئافه فقد انزل بردة الأمر ولم يعد وكيلا بعد ما جاء مسلما وليس في كلاه نفي ضمان عن نفسه بل فيه ايجاب الحق لها في تركته أو في ذمته اذا جاء مسلما وان أقاموا البيينة فاليينة بيئته المرأة لانها تثبت الحق لنفسها بيئتها ونثبت سبق التاريخ والورثة ينفون ذلك وان لم يكن بينهما بيئته يستحلف الورثة على علمهم لانهم لو أقرروا بما ادعت لزهمهم فان قضى القاضي لهم بالميراث بعد ما حلفوا ثم رجع المرتد مسلما فارادت المرأة أن تستحلفه أيضا فلها ذلك لانها تدعى الصداق ديناً في ذمته واستحلف الورثة لا يسقط اليمين عنه لانهم ما كانوا ناثبين عنه فالياباة في الايمان لا تجري قال وتوكيل المرتدة بالتصرفات التي تملك مباشرتها بنفسها صحيحة سواء وكلت بذلك مرتدة مثلها أو مسلما وكذلك ان كان التوكيل قبل ردها بقي بعد الردة لانها تبقى مالكة للتصرف بنفسها الا ان توكل بتزويجها وهي مرتدة فان ذلك باطل لانها لا تملك ان تتزوج بنفسها فلا يصح توكيلها بذلك حتى لو زوجها الوكيل في حال ردها لم يجوز وان لم يزوها حتى اسلمت ثم زوجها جاز لان التوكيل كالمضاف الى ما بعد اسلامها بمنزلة المعتدة أو المنكوحة اذا وكلت انسانا بأن يزوها وهذا بخلاف ما اذا كان التوكيل في اسلامها ثم ارتدت ثم اسلمت فزوجها لم يجوز لان ارتدادها اخراج من الوكالة فانها حين كانت مالكة للمقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردها تخرج من أن تكون مالكة للمقد فيكون ذلك عزلا منها لو كملها فبعدها انزل

لا يعود وكيلها إلا بتجديد قال ولو وكلت المرتدة وكيلًا بخصوصة أو قضاء دين أو تقاضيه ثم لحقت بالدار انتقضت الوكالة لأن لحاقها بمنزلة ربتها حكما كالحاق الرجل لأنها بالحق صارت مستحقة لأن تسترق فيه اتلاف حكما فلماذا تبطل الوكالة فإن قال الوكيل فعلت في حياتها أو قبل لحاقها فهو مصدق في المستهلك غير مصدق في القائم بعينه لأنه صار مملوكا لورثتها ولو قال قد قبضت دينا لها من فلان لم يصدق على ذلك إلا بينة وإن كان قائما بعينه لأن الورثة قاموا مقامها في الدين في ذمة الغريم والوكيل يخبر بتحول حقهم إلى العين في حال تملك انشائها فلا يصدق في ذلك إلا بينة إن قال قد قبضت المال الذي أعطاني فلانة وقد كانت أمرته بذلك فهو مصدق إذا كان المال عينا قائما بعينه لأنه يخبر بما كان مسلطا عليه ويقصد بذلك نفي الضمان عن نفسه فكان القول قوله قال وإذا وكلت المرتدة وكيلًا بقبض وديعة لها ثم مات فقال الوكيل قد قبضتها ودفعتها إليها وقالت الورثة قبضتها بعد موتها فالقول قول الوكيل لأنه أخبر بما كان مسلطا عليه والوديعة ما كانت مضمونة وهذا بخلاف الدين فإنه كان مضمونا في ذمة الغريم فلا يقبل قول الوكيل في قبضه إذا كان لا يملك انشاء القبض في الحال لأن فيه إسقاط الضمان عن الغريم ولو وهب لها هبة أو تصدق عليها بصدقة فوكلت وكيلًا بقبضها ثم مات فقال الوكيل قد قبضتها ودفعتها إليها فالقول قول الوكيل لأنه يخبر بما جعل مسلطا عليه أمينا فيه وإن قال الواهب قبضتها بعد موتها فالقول قول الوكيل أيضا لأن الواهب يدعي الضمان لنفسه عليه فلا يصدق إلا بحجة فإن كون القبض حادثا بحال محذوثة على أقرب الاوقات نوع من الظاهر ولا يكفي الظاهر لاثبات الضمان على الوكيل إلا أن تكون قائمة بعينها فيكون للواهب أن يرجع فيها لأنه يبقى استحقاق المرأة عنها والظاهر شاهد له والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق وكذلك لو وهبت هبة فوكلت بدفعها وكيلًا ثم مات ودفعها الوكيل فقال دفعتها في حياتها فصدقه الموهوب له فلا ضمان على الوكيل لأنه كان أمينا في الدفع ولكن إن كانت قائمة في يد الموهوب له فللورثة أن يأخذوها لأن الظاهر يشهد لهم فإنه إنما يحال بالدفع على أقرب الاوقات وهو ما بعد موتها والوكيل يبطل ملك الورثة باختياره بتصرف لا يملك انشاءه فإن أقاموا البينة أخذت بينة الموهوب له لأنه ثبت الملك لنفسه في الموهوب وسبق التاريخ في دفع الوكيل إليه قال وإذا رهن المرتدة رهنا أو ارتهنته مع التسليط على البيع عند حل الاجل فهو جائز ولو وكيل أن يبيعه وإن مات أو لحقت

بالدار ان كانت رهنت فلقيام حق المرتين وان كانت ارتهنت فلقيام حق ورثتها وبقاء الوكيل
والموكل جميعا قال واذا وكل المكاتب الرتد وكيلا ببيع أو شراء فهو جائز بخلاف الحر على
قول أبي حنيفة رحمه الله لان المكاتب بعد الردة يملك التصرف بنفسه لقيام الكتابة فيوكل
به غيره بخلاف الحر وهذا لان كسب المكاتب دائر بينه وبين مولاه والمولى راض بتصرفه
بخلاف مال الحر فانه يوقف على حق ورثته وهم لا يرضون بتصرفه والمستسعى كالمكاتب
في قوله قال فان لحق المكاتب بالدار مرتدا كان الوكيل على وكالته وكذلك لو أسرأوسبي
لان عقد الكتابة بان بعد لحاقه (ألا ترى) أن لحاقه لا يكون أعلى من موته وموته عن وفاء
لا يبطل الكتابة فكذلك لحاقه فلماذا بقي الوكيل على وكالته والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في الدم والصلح

(قال رحمه الله) قد بينا فيما سبق ان وكيل من عليه القصاص اذا أقرب وجوب القصاص
على موكله لم يجز استحسانا الا ان يشهد هو وآخر معه ان ادعى المدعى عليه لان قبوله الوكالة
لا يخرج من أن يكون شاهدا على موكله اما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يشكل لانه
عزل قبل الخصومة فشهادته لموكله تجوز فعلي موكله أولى وعند أبي يوسف رحمه الله فقد صار
قائما مقام موكله فلم تجز شهادته له ولا يوجد هذا المذني في شهادته عليه وهذا اذا لم يسبق من
الوكيل انكار فان سبق منه انكار في مجلس القضاء ثم جاء بعد ذلك يشهد بحضرة المدعى
عليه فهو مناقض والشهادة مع التناقض لا تقبل قال والتوكيل بطالب دم جراحة خطأ أو عمدا
ليس فيها قود جائز مثل التوكيل في المال لان العمد الذي لا قود فيه موجه موجب الخطأ
وهو المال وهذا التوكيل لا يثبت موجب الفعل والاستيفاء وذلك مال قال ولو وكل رجل
رجلا ان يصالح عنه رجلا ادعى عليه دعوى من دين أو عين وان يعمل في ذلك برأيه فصالحه
الوكيل على مائة فهو جائز لانه فوض الأمر الى رأيه على العموم والمال على الأمر دون
الوكيل لان الوكيل يضيف العقد الى الموكل فيقول صالح فلانا من دعواك على كذا وفي
مثله العاقد يكون سفيرا ويكون المال على من وقع له دون الوكيل قال والوكيل بالصلح ليس
بوكيل في الخصومة لان الصلح عقد ينبنى على الموافقة والمسألة وهو ضد الخصومة
(ألا ترى) أن الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح ولو أقران ذلك باطل لم يجز اقراره على صاحبه

لان صحة اقرار الوكيل بالخصوصية باعتبار أنه وكيل بجواب الخصم والوكيل بالصلح ليس بوكيل بالجواب وانما هو وكيل بعقد يباشره والاقرار ليس من ذلك العقد في شيء قال وار كل المدعى عليه وكلا بالصلح فوكل الوكيل وكلا بالصلح وفعل لم يجوز لانه عتد يحتاج فيه الى الرأي وانما رضى الموكل برأيه دون رأى غيره فان كانت الدراهم من مال الآمر رجع بها لان الصلح لا ينفذ في حقه حين لم يباشره من رضى برأيه وان لم يكن الآمر دفع المال فصالح الوكيل الآخر ودفع المال من عند نفسه لم يلزم الأول شيء وجاز الصلح عن الموكل الآخر وهو الوكيل الأول لان الوكيل يباشره بأمر الأول فجاز في حق الأول ولكنه حصل على وجه لم تضمنه وكالة الموكل الأول فكان توكيل الاول لم يوجد ولكن أمر اجنبي اجنبيا بأن يصالح على مال ويدفع من عند الموكل أو من عنده فهذا الصلح يجوز ويكون الموكل متطوعا فيه فكذلك هنا الموكل الثاني يكون متطوعا وكذلك لو وكل اثنين فصالح أحدهما دون الآخر بماله دون مال الموكل جاز ذلك عليه وهو متطوع فيه ولا يجوز على الموكل لان الموكل رضى برأيهما فلا يكون راضيا برأى أحدهما وهذا الواحد اذا تفرد بالصلح كان كالفضولي وصالح للفضولي صحيح اذا أضافه الى نفسه أو أدى المال أو ضمن المال ويكون متطوعا فيه لمعين وهو ان موجب الصلح في حق المصالح المديون البراءة عن الدين والمشتري ينفرد بذلك وانما يحتاج الى رضاه لوجوب العوض عليه فاذا لم يكن عليه شيء من العوض سقط اعتبار رضاه وكذلك لو وكله ان يصالح عنه بألف وضمن المال فصالح بالعين أو بمائة دينار ونقده من ماله أو شيء من العروض أو المكيل أو الموزون من عند الوكيل فالصلح جائز ولا يرجع على الموكل بشيء لانه خالف أمره حين صالح على غير ما سمي له كالفضولي في هذا الصلح ولو صالحه على أقل من ألف درهم وضمنه جاز على الموكل لانه امثل أمره فان صالحه بأقل مما سمي من الدراهم يكون خيرا للموكل فهذا لا يبعد خلافا وقد وقع ضمن بدل الصلح بأمره فيكون له أن يرجع به عليه قال ولو وكله أن يصالح على كره حنطة فصالح على كره شير أو دراهم جاز على الوكيل دون الآمر لانه خالف ما أمره به نصا قال ولو وكله أن يصالح على عبد بعينه فصالح على أمة للوكيل جاز عليه ان ضمن أو دفع ولا يجوز على الموكل لمخالفته أمره نصا قال ولو وكله أن يصالح على كره حنطة بعينها فصالحه على غيرها من حنطة أجود منها وضمنها جاز على الوكيل دون الموكل لانه

خالف ما أمره به نصاب حين أضاف الصلح الى غير المحل الذي أمره به الموكل وهو أضر على الموكل مما أمره به قال ولو صلح على كره حنطة وسط بغير عينه والكر الذي دفع اليه وسط ففي القياس لا يجوز على الموكل لانه لو جاز كان بدل الصلح ديناً في ذمته وهو اما وكله بان يصلح على كره حنطة بعينه وكان بهذا مفيراً المقد الى غير المحل الذي أمر به ولكنه استحسناً وقال يجوز صلحه على الموكل لانه ما خالف أمره به بتسمية شيء آخر سوى المأمور به انما ترك التمين ولا ضرر على الموكل في ذلك وقد بينا انه انما يعتبر من التقييد ما يكون مفيداً في حق الموكل دون مالا يكون مفيداً ولان الوكيل قد يتلى بهذا فقد يتفق الصلح في غير الموضع الذي فيه الحنطة ولو أضاف المقد الى عينه وهو غير مرتب دخل فيه شبهة الاختلاف بين العلماء رحمهم الله في جواز شراء ما لم يره فتجوز عن ذلك بتسمية كره وسط مطلقاً على أن يدفع اليه ذلك الكره ولما وكله الموكل مع علمه انه قد يتلى بهذا فقد صار راضياً بترك التمين قال ولو وكله المدعى أن يصلح على بيت من هذه الدار بعينه فصالح عليه وهو بيت وآخر فهو جائز لانه زاد خيراً بما صنع وحصل مقصوده قال ولو وكله أن يصلح عن هذا البيت بمائة درهم فصالح عنه وعن بيت آخر بمائة درهم والوكيل من جانب المدعى عليه جاز في حصة ذلك البيت لانه امثل أمره حين صالحه عن ذلك البيت على أقل مما سعى له قال ولو وكله رب الدار أن يصلح عنه ولم يسم له شيئاً فصالح على مال كثير وضمن فهو لازم للوكيل بحكم ضمانه ثم ان كان مما يتغابن الناس فيه جاز على الموكل وان كان أكثر من ذلك لم يجوز على الموكل لانه بمنزلة الوكيل بالشراء وقد بينا أن تصرفه هناك يتقيد بما يتغابن الناس في مثله فاذا زاد على ذلك لم يجوز على الموكل فان كان الوكيل وكيلاً للمدعى فصالح على شيء يسير فهو جائز على المدعى في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة الوكيل بالبيع والتوكيل مطلق فلا يتقيد بشيء من البذل كما هو مذهبه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الا أن يحط عنه فيما يتغابن الناس في مثله بمنزلة الوكيل بالبيع والشراء عندهما وان لم يعرف الدعوى فالصلح جائز على كل حال يريد به اذا كان الخصم منكراً ولا حاجة للمدعى أولاً يعرف مقدار ما يدعيه من الدار فالصلح على البذل اليسير في مثل هذا الموضع متعارف والحط على وجهه يكون فيه اسقاط شيء من حق الموكل غير معلوم هنا فلماذا جاز الصلح على كل حال قال واذا وكل المشتري الطاعن بالعيب وكيلاً بالصلح فأقر أن صاحبه قد رضى بالعيب فأقراره

باطل لان الوكيل بالصلح لا يملك الخصومة وصحة اقرار الوكيل باعتبار مباشرته أو كونه
وكيلا بالخصومة ولم يوجد ذلك قال ولو كان البائع عبدا فوكل مولاه وكيلا بالصلح لم يجوز
ان كان على العبد دين وجاز ان لم يكن عليه دين كما لو باشر المولى الصلح بنفسه وهذا لان
كسب العبد خالص ملك مولاه ان لم يكن عليه دين وحق غرمائه ان كان عليه دين فيكون
المولى منه كالاجنبي وكذلك لو كان العبد هو المشتري قال ولا يجوز توكيل المولى على المكاتب
بذلك لانه من كسبه كالاجنبي لا يملك مباشرة الصلح بنفسه فلا يملك أن يوكل به غيره
ولو كان ابن المكاتب ولدا من أمة له فباع أو اشترى فظمن بعيب أو ظمن عليه فوكل المكاتب
بالصلح في ذلك جاز ان لم يكن على الاب دين وان كان دخل عليه دين لم يجوز لان كل من
في كتابته فكسبه يكون له بشرط الفراغ من دينه يأخذه فيستعين به في قضاء بدل الكتابة
فاذا لم يكن على العبد دين فالمكاتب يملك هذا الصلح بنفسه فكذلك يوكل به غيره بخلاف
ما اذا كان عليه دين قال ولو وكل المكاتب وكيلا بالخصومة في ذلك لم يجوز على أيه ان كان عليه
دين أو لم يكن لان الخصومة في العيب من حقوق العقد والعقد اما باشره الابن والمكاتب
لا يملك الخصومة فيه بنفسه على كل حال فكذلك لا يملك أن يوكل به غيره بخلاف الصلح
فانه أنشأ عقدا في كسبه وهو يملكه اذا كان الكسب حقه وكذلك لو وكل المكاتب وكيلا
بتقاضي دين لابنه وبالخصومة في ذلك لم يجوز ان كان على العبد دين أو لم يكن لان الابن هو
الذي باشر المدانة فحق القبض والتقاضي اليه دون المكاتب والذي بينا في المكاتب مع ابنه
فكذلك الجواب في المولى مع عبده قال واذا كان دين بين رجلين فوكل أحدهما وكيلا
فاتقضى منه شيئا كان نصف مأخذ شريكه لان أصل الدين مشترك بينهما وقبض وكيل
أحدهما كقبض الموكل بنفسه وللشريك أن يأخذ منه نصفه وان ضاع المقبوض من
الوكيل فللشريك أن يضم صاحبه نصف مأخذ الوكيل لان الموكل صار قابضا بقبض
وكيله فكان هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فلماذا يرجع الشريك عليه بنصفه قال
وان كان وكله بقبض ماله كله فقبضه فهلك منه فللشريك أن يضم شريكه نصف ذلك كما
لو قبضه بنفسه وان شاء ضمن الوكيل لانه في قبض نصيب الشريك متمتع في حق الشريك
فكان له أن يضمه نعيبه بتعديده ثم يرجع الوكيل بما ضمن لانه قائم مقام من ضمنه ولانه
لحقه غرم فيما باشره بأمر الموكل فيرجع به عليه وذكر في نسخ أبي حفص رحمه الله أن

لشريك أن يضمن شريكه نصف ذلك ان شاء وان شاء ضمن الغريم ثم يرجع الغريم بما ضمن من ذلك على الشريك وهذا هو الاصح لانه اذا لم يجوز قبض الوكيل بقي حقه في ذمة الغريم على حاله وانما يكون له أن يضمن الغريم دون الوكيل لان قبض الوكيل لم يصادف ماله ثم قبض الوكيل في حق الموكل كقبضه بنفسه ولو قبض أحد الشريكين بنفسه جميع الدين ثم ان الآخر رجس لحقه على الغريم كان للغريم أن يرجع بذلك على القابض لانه انما دفع اليه المال على أنه يستفيد البراءة من جميع الدين ولم يستفد ذلك فلماذا يرجع عليه ويستوى ان أقر الوكيل بالقبض أو قامت به يئنه عليه لانه تلك مباشرة القبض بنفسه فيصح اقراره به في حق الموكل قال وان كان الوكيل وكيلًا بالخصومة فأقر عند القاضي ان صاحبه الذي وكله به قد قبض حصته جاز ذلك على صاحبه ولم يضمن لشريكه شيئًا لان صحة اقرار الوكيل بقبض موكله كان باعتبار انه جواب الخصم وهو وكيل بالخصومة بينه وبين الغريم لا بينه وبين الشريك فلا يثبت قبضه في حق الشريك بهذا الاقرار فلماذا لا يرجع عليه بشئ بخلاف الوكيل بالقبض اذا أقر انه قبض لانه أقر بما سلطه عليه فيكون اقراره بذلك كإقرار الموكل فلماذا كان للشريك ان يرجع عليه بنصف المقبوض قال ولو كان دين بين اثنين وكل أحدهما وكيلًا يتقاضاه فاشتري محصته ثوبًا جاز على الوكيل دون الموكل لانه أتى بتصرف آخر سوى ما أمره به فلا ينفذ على الموكل وقد بينا ان الشراء ينفذ على الماقد اذا تمذرت بتقيده على الموكل فيصير مشتريا الثوب لنفسه بما سعى من الثمن دينًا في ذمته ثم جعله قصلًا بدين الموكل ولم يصح ذلك فبقى هو مطالبًا بالثمن وبقي المطلوب مطالبًا بحصة الموكل من الدين وكذلك ان رضي الموكل بذلك لان رضاه انما يبرر فيما توقف على اجازته وهذا التصرف لم يكن موقوفًا فلا يعتبر رضاه غيبه قال واذا كان الدين طعما قرضا بينهما فوكل أحدهما وكيلًا بقبض حصته فباعها بدراهم لم يجوز على الموكل لانه تصرف بغير أمره به وان رضي به الموكل جاز لان بيع نصيبه من الدين كبيع نصيبه من العين بغير أمره فيتوقف على اجازته فاذا أجاز كانت الدراهم له ويرجع شريكه عليه بربع الطمام ان قبض الدراهم أولم يقبضها بمنزلة مالو باع نصيبه بدراهم وهذا لانه صار ممتلكا عوض نصيبه من الدراهم فيجعل نصيبه كالسالم له حكما حين يملك بدله فللشريك ان يرجع عليه بنصفه فقال ولو كان باعًا بثوب وقبض لم يجوز على الوكيل ولا على الموكل إلا ان يجيزه للموكل بمنزلة مالو باع نصيبه بالدراهم فان قيل ينبغي ان

ينفذ الشراء للثوب على الوكيل لانه في جانب الثوب مشتر والشراء ينفذ على العاقد اذا
 تمدر بتقيده على غيره قلنا ولكنه في جانب الطعام بائع واطافة العقد الى الطعام هو دين
 للموكل في ذمة المطلوب بمنزلة اضافته الى طعام هو عين له ومن باع طعام غيره بثوب لا ينفذ
 عقده ما لم يحز صاحبه فاذا أجاز يكون الثوب للعاقد دون صاحب الطعام وهذا لانه مشتر
 للثوب ومستقرض الطعام من صاحبه في جملة عوضا عن الثوب فيتوقف جانب الاستقراض
 على اجازة صاحبه ولو جعلنا العقد نافذا قبل اجازته لم يكن بالمسمى من الطعام لانه لا يجوز
 اخراجه من ملك صاحبه بغير رضاه فاذا أجازته تم رضاه الآن فينفذ العقد في الثوب للوكيل
 ويكون على الوكيل حصة الموكل من الطعام بسبب استقراضه لانه صار قاضيا به عوض ما
 اشتراه به لنفسه فاذا قبضه الموكل أخذ منه شريكه نصف ذلك لانه وصل اليه الطعام الأول
 فاما قبل القبض فلم يملك هو بد لا بمقابلته وانما تحول حقه من نصيبه في ذمة التريم الى مثله
 في ذمة الوكيل فكان بمنزلة قبوله الحوالة في نصيبه فلهذا لا يرجع عليه الشريك بشئ حتى
 يقبضه بخلاف ما تقدم لان هناك يملك الدراهم بمقابلة نصيبه من الطعام توضيح الفرق ان
 رجوع الشريك عليه بالطعام هناك لا يجوز ان يكون موقوفا على قبضه الدراهم وهنا هو
 يقبض من الوكيل الطعام دون الدراهم فيكون رجوع الشريك عليه بالطعام موقوفا على قبضه
 الطعام قال ولو وكله ان يصالح عنه في دم عمه ادعى عليه فصالح الوكيل على عشرة آلاف
 درهم وضمنها فهو جائز لان التوكيل بالصالح عن الدم ينصرف الى بدل الدم وبذل الدم
 مقدار الدية عشرة آلاف درهم أو ألف دينار أو مائة من الابل أو ألف شاة على قولهما أو
 ماثنا ثوب فاذا صالح الوكيل على شئ من ذلك بعد صلحه على الموكل بعد أن يكون ماسمي
 معلوما بان قال مائتي ثوب يهودى فيكون هو في هذا الصلح والضمان ممثلا لامره فيرجع
 بذلك ويستوى ان كان أمره بالضمان أو لم يأمره بمنزلة الوكيل بالخلع وهذا لانه اذا ضمن
 البذل فلا حاجة الى اعتبار أمره في جواز أصل الصلح لان ذلك جائز بدون أمره وانما الحاجة
 الى ذلك في الرجوع بالضمان على الآمر فيجمل أمره مقبلا في ذلك جائزا فلهذا رجع عليه وان
 لم يأمره بالضمان ولان المباشر لهذا العقد قد يكون ملتزما اذا ضمن للبذل وقد لا يكون
 ملتزما اذا لم يضمن فينصرف مطلق التوكيل اليهما بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن المهر ولم
 يأمره الزوج بذلك لم يرجع عليه بشئ وقد قررنا هذا الفرق فيما أمليناه من شرح الجامع

وكذلك لو صالحه على عشر وصفاء بنغير أعيانهم كان جائزا لان الدم ليس بمال والحيوان
يثبت ديناً في الذمة بدلا عما ليس بمال فان كان قيمة الوصفاء أكثر من الدية تقيد بمالا يتغابن
الناس في مثله فلو ضمن ذلك جاز عليه دون الموكل لانه في معنى الوكيل بالشراء فانه يلتزم
بالصلح البديل عما هو مستحق على موكله من القصاص وتصرفه في ذلك يتقيد بما يتغابن
الناس في مثله فاذا زاد على ذلك كان بمنزلة القضولى فينفذ عليه اذا ضمن البديل ولا يرجع
على الموكل لانه التزمه بنغير أمره قال ولو وكاه فان كان طالب الدم هو الذى وكل بالصلح
في ذلك فصالح على بعض ما سميا كان جائزا وان صالحا على مائة درهم جاز على الطالب في
قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز عندهما إلا ان يتقص من الدية ما يتغابن الناس في مثله لانه
الآن بمنزلة الوكيل بالبيع وان صالح وكييل المطلوب على عبد المطلوب فالصلح جائز فان
شاء المطلوب أعطى العبد وان شاء أعطى قيمته لانه أمره بالصلح وما أمره بازالة ملكه عن
عين العبد وكان له حق امساك العبد فاذا امسكه كان هذا بمنزلة مالو صالح من الدم على عبد
فاستحق والصلح بهذا لا يبطل ولكن يجب قيمة المستحق بمنزلة الخلع فكذلك هنا وكذلك
كل شئ يعينه من المروض والحيوان والمقار وان كان مكيلا أو موزونا بعينه فان شاء
الموكل أعطاه وان شاء مثله لانه من ذوات الامثال فاذا حبس العين باعتبار انه لم يرض
بزواله عن ملكه كان ذلك كالمستحق من يده فيلزمه مثله وان كان بنغير عينه وضمن ذلك جاز
على الوكيل والموكل لانه امتثل أمره فيما صنع فينفذ تصرفه على الموكل قال واذا وكل المطلوب
وكيلا يصالح عنه ويضمن فصالح عنه على مال وسمى ذلك الى أجل وضمن فهو للوكيل على
الموكل الى ذلك الأجل لان بالصالح يجب على الضامن المال الى ذلك الأجل فيجب له على
الموكل أيضا الى ذلك الأجل بمنزلة الوكيل بالشراء اذا اشترى بضمن مؤجل وان كان بدل
الصلح حالا كان للوكيل ان يأخذه من الموكل قبل أن يؤديه بمنزلة الوكيل بالشراء اذا اشترى
بضمن غير مؤجل لان الوكيل حين ضمن البديل فالمطالبة للطالب انما توجه على الوكيل لا على
الموكل وكما توجه مطالبة الوكيل على الموكل بخلاف الكفالة فان الكفالة لم تسقط مطالبة
الطالب عن الأصيل فلا توجه مطالبة الكفيل على الأصيل مالم يؤدعه وان اعطاه الوكيل به
كفيلا لم يكن للكفيل اذا أدى ان يرجع على الموكل بشئ لان الموكل ما أمره باداء شئ
عنه ولا بالكفالة ولكن الوكيل هو الذى كفله فيكون رجوع الكفيل على الوكيل ورجوع

الوكيل على الموكل قال ولو ان الموكل اعطى الوكيل رهنا بالمال قيمته والمال سواء فهلك الرهن عند الوكيل صار مستوفيا بهلاك الرهن ما استوجبه على الموكل فكانه استوفاه حقيقة وعليه أن يؤدي المال للطالب من عند نفسه كما التزمه ولا يرجع به على الموكل لانه قد استوفاه منه مرة قال ولو ان الوكيل صالح للطالب على ألف درهم على ان يكون ذلك على المطلوب دون الوكيل كان ذلك جائزا على ما قاله لانه أخرج كلامه مخرج الرسالة وأضاف المقدم الى الموكل وهو المطلوب بالدم فكان على المطلوب وكذلك لو قال الوكيل أعف عنه على ألف درهم فمفا عنه على ذلك كان المال على المطلوب وفي غير الدم الحكم هكذا متى أضاف الوكيل المقدم الى المطلوب لا يكون عليه من البديل شيء إذا لم يضمن قال ولو ان طالب الدم وكل وكيل بالصلح والقبض فصالح كان له أن يقبض المال لانه مأثور بذلك ولانه بمنزلة البائع ولو وكله أن يقول قد عفى فلان عن فلان بالف درهم وقبل ذلك المطلوب لم يكن للوكيل أن يأخذ ذلك المال لانه أضاف الفوى الى الموكل وجعل نفسه سفيرا ومعبرا عنه فكان حق قبض المال الى الطالب ولان الوكيل لا تتوجه عليه المطالبة بتسليم المبدل فلا يكون له قبض البديل قال ولو أن المطلوب بالدم وكل وكيل بما يطالب به أو وكله بالدم لم يكن له أن يصالح لان ما وكل به مجهول فانه لم يبين انه أراد الصلح أو الخصومة فهو عاجز عن تحصيل مقصود الموكل فلهذا لا يجوز صلحه حتى يتبين مراده قال واذا وكل المطلوب بالدم وكيل يصالح عنه الطالب فالتى الوكيلان واصطالحا فهو جائز لان مقصود كل واحد من الموكلين يحصل بالصلح مع وكيل صاحبه مثل ما يحصل بالصلح مع صاحبه فلا يكون هذا خلافا من الوكيلين وعلى هذا لو أمر رجلا أن يشتري له خادما بعينه فاشتراه من وكيله أو من رجل اشتراه منه فهو جائز لان المقصود قد حصل للمولى فان مقصوده ملك ذلك الخادم بالشراء بخلاف ما لو وكله ببيع عبده من فلان فباعه من غيره لم يجز الا أن يكون ذلك الغير وكيل فلان بشرائه له وقد سبق بيان هذا الفرق قال واذا كان دم خطأ بين الورثة فوكل أحدهم بالصلح في حصته عن عشرة دراهم وقبضها فلبقية الورثة أن يشاركوا الموكل ويخاصموه فيما أخذ كما لو أخذ بنفسه وهذا لان ما وقع عليه الصلح بدل دين مشترك بينهم وهو الدية ولا سبيل لهم على الوكيل لان ما في يده من المال أمانة لمن وكله ويده فيه كيد من وكله فلا يكون لهم معه في ذلك خصومة كصاحب الدين فانه لا خصومة له مع مودع المدينون وان كانت الوديعة من جنس حقه وان هلك المال

عند الوكيل فلا ضمان عليه لاحد ولكن سائر الورثة يأخذون الموكل فيضمنونه بقدر حصتهم
 مما أخذ وكيه لان هلاك المقبوض في يد الوكيل كهلا كه في يد الموكل قال واذا قضى بالدية
 مائة من الابل على القاتل وعواقله فوكل الطالب وكيلا بقبضها فقبضها وانفق عايبها في علقها
 وسقيها ورعيها حتى يلبثها الموكل فهو متطوع في ذلك لانه لم يؤمر بذلك فهو أمين أنفق
 على الامانة بغير أمر صاحبها ولا أمر القاضى قال ولو أمره الموكل ببيعها فوكل الوكيل عبدا
 له فباعها لم يحجز لان الموكل رضى برأيه دون رأى عبده وهذا بخلاف الحفظ فان الانسان
 يحفظ المال بيد عبده فلا يصير ضمانا بالدفع الى عبده ليحفظه ولكنه يباشر البيع بنفسه فاذا
 أمر به عبده لم يحجز كما لو أمر به أجنبيا آخر قال وان تمرد استرداد عينها فلو لم يضمن
 الوكيل لانه متعمد بتسليطه عبده على البيع والتسليم وان شاء ضمن عبده قيمة الابل في رقبته
 لانه متعمد بالبيع والتسليم في حقه قال واذا قضى بالدية من جنس فوكله بقبضه فقبض به جنسا
 آخر لم يحجز على الموكل لان حقه تمين في ذلك الجنس بقضاء القاضى فقبض جنس آخر مكانه
 يكون استبدال والوكيل بالقبض لا يملك الاستبدال قال وان وكل المطلوب وكيلا يؤدي
 عنه وقد قضى عليه بالدية بالدرهم فباع بها وكيلا الطالب ذنانير أو عروضها فهو جائز لانه باع
 ملك نفسه ثم قضى بالثمن دين المطلوب فان آخر الدينين يكون قضاء عن أولهما ولا فرق في
 حق المطلوب بين ان يقضى بهذه الطريق وبين ان يقضى بأداء الدرهم فلهذا جاز ويرجع
 الوكيل بالدرهم على المطلوب قال واذا وكل المطلوب رجلا بالخصومة فأدى الوكيل من عند
 نفسه لم يرجع به على الموكل لانه مأمور بالخصومة لا بأداء المال فان الخصومة تكون في دفع
 دعوى المدعى فاما دفع المال فليس من الخصومة في شيء فكان متبرعا كاجنبي آخر قال واذا
 دفع الدية دراهم الى رجلين وقال أدياها عنى فصالحا الطالب من المال على ذنانير أو عروض
 جاز ذلك لانهما عقدا على ملكهما فكانا متطوعين في ذلك لانهما باشرا عقدا غيرما امر به
 فانهما أمرا بحمل المال للمطلوب والتسليم اليه ولم يفعل ذلك بل تبرعا بأداء المال من عندهما
 فيردان على الموكل دراهمه ولو قضى الطالب الدرهم لهما لانهما في حق المطلوب لا فرق بين
 أن يدفع تلك الدرهم أو مثلهما وقد يتلى الوكيلان بذلك بان يتفق رؤيتهما الطالب في موضع
 لا تكون دراهم المطلوب معهما لانه يشق عليهما استصحاب تلك الدرهم في كل وقت فلدفع
 الحرج عليه استحسن لهما أداء مثل الدرهم ليرجما فيها قال ولو وكل وكيلا بأن يؤدي عنه دية

ودفع اليه المال فادى نصفه وحط الطالب نصفه فهذا الحط عن الاصيل وليس للوكيل منه شيء لان الحط اسقاط والاسقاط انما يكون عن عليه المال فان وهبه للوكيل وأمره بقبضه من الاصيل فهو جائز وهي مسألة الهبة اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض ثم للوكيل أن يقاصمه بما في يده حتى يستوفي منه ما في يده اذا حضر من عليه الدين لانه لو رده عليه كان له أن يستوفيه منه لتسليط صاحب الدين اياه على قبضه فكذلك اذا كان في يده فله أن يمسكه ولكن يحضر من عليه الدين لانه مأمور بقبضه منه والله أعلم بالصواب

باب الوكالة بالصلح في الشجاع

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بالصلح في شجرة ادعت قبله وأمره أن يضمن ماصالح عليه فصالح على أكثر من خمسمائة فان كانت الشجرة خطأ جاز من ذلك خمسمائة وبطل الفضل لان بدل الشجرة مقدر بالخمسمائة شرعا فالصلح على أكثر منه يكون ربا ولو باشره الموكل بنفسه بطل الفضل لهذا فكذلك إذا باشره الوكيل وان كانت عمدا جاز ذلك كله على الموكل اذا كان زاد ما يتغابن الناس في مثله لان الواجب في العمد القود وما يقع عليه الصلح يكون بدلا عن القود فلا يتمكن فيه الربا ولكن الوكيل بمنزلة الوكيل بالشراء وتعرف الوكيل بالشراء انما ينفذ على الموكل في الزيادة بقدر ما يتغابن الناس في مثله وان مات المشجوع انتقض الصلح في الوجهين جميعا (وفي مسألة كتاب الديات) أن العفو عن الشجرة لا يكون عفو عن السراية عند أبي حنيفة رحمه الله فكذلك الصلح عن الشجرة لا يكون صلحا عن السراية فاذا مات المشجوع بطل الصلح لانه يتبين أن الحق كان في الدم دون الشجرة فكان أولياؤه على دعواهم قال وان كان الوكيل صالحا عن الجناية فان برئ من الشجرة فالجواب كما بينا لانه حصل مقصود الموكل في اسقاط الموجب للشجرة عنه بلفظ الجناية وان مات فيها فالصلح جائز على الوكيل ان كان ضمن البديل ولا يجوز على الموكل لانه تين أنه صالح عن الدم فان اسم الجناية يتناول النفس وما دونها وانما كان هذا مأمورا بالصلح عن الشجرة فيكون هو في الصلح عن الدم متبرعا بمنزلة أجنبي آخر فيلزمه المال بالضمان ولا يرجع به على الموكل قال فان كان الوكيل صالحا عن الشجرة وهي خطأ وما يحدث منها على خمسمائة فان

المشجوع يجوز له من ذلك نصف المشر ويرد تسعة اعشار ونصف العشر ان كان قبض لان ما يحدث منها النفس وهو انما جعل الخمسة بالصلح عوضا عن جميع الدية وقد بين ان الواجب كان بعد نصف عشر الدية فيمسك من بدل الصلح حصة حقه ويرد ما بقي منه ولو مات عن مال الشجة وله مال كثير يخرج ماحظه من ثلثه جز ذلك على الوكيل ان كان ضمنه ولا يجوز على الموكل لما بينا انه امره بالصلح عن الشجة وهو انما صالح عن النفس والمشجوع اسقط من حقه ما زاد عن الخمسة وذلك بمنزلة الوصية منه فاذا كان يخرج من ثلثه كان جائزا وان لم يكن للمشجوع مال الا الدية جازت وصيته بقدر الثلث ثم يخاصم اولياء المشجوع المدعى عليه الشجة في مقدار الثلثين فان ثبت لهم عليه اخذ واتمام ذلك منه لبطالان وصية المشجوع فيما زاد على الثلث ولو ان المشجوع حط ما يتغابن الناس فيه جاز على الموكل وان كان أكثر من ذلك لم يجز قيل هذا قولهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله فيذهب أن يجوز لان وكيل المشجوع بمنزلة الوكيل بالبيع وقيل بل هذا قولهم جميعا لان بدل الشجة معلوم شرعا فالتوكيل بالصلح ينصرف مطلقه الى ذلك ولكن قدر ما يتغابن الناس فيه يكون عفوا لان مبنى الصلح على الاغماض والتجاوز بدون الحق قال ولو وكل وكيل بالصلح في الشجة خاصة فصالح عليها وعلى ما يحدث منها على عشرة آلاف وضمن الوكيل ثم مات المشجوع فالصلح يلزم الوكيل دون الأمر في قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله أن اسم الشجة لا يتناول النفس فالأمر انما أمره بالصلح عن الشجة وهو قد صالح عن النفس وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اسم الشجة يتناول الشجة وما يحدث منها فاذا وكله بالصلح عما يحدث منها كان هو ممثلا أمره فيما صنع لا مبتدئا شيئا آخر قال ولو وكله بالصلح في شجة فصالحه عن الشجة وعن جرح آخر مثلهما جاز على الموكل النصف لانه في حصة ذلك ممثل أمره وفي الجراحة هو مبتدئ فهو كاجنبي آخر وان كانت الجراحة الاخرى أكبر أو أصغر جاز على الموكل بحساب تلك الشجة وما زاد على ذلك فهو على الوكيل اذا ضمنه لانه متبرع بالتزام ذلك قال واذا وكله بالصلح في موضحة وما يحدث منها فصالح عن موضعتين وما يحدث منهما وضمن جاز على الموكل النصف ولزم الوكيل النصف سواء مات أو عاش لانه في أحد الموضعتين ممثل أمره وفي الاخرى متبرع بالصلح كاجنبي آخر فان وكله بالصلح في موضحة ادعاها قبل فلان فصالح الوكيل عليها وعلى غيرها جاز عليها ولم يجز على غيرها لان وكيل الطالب

مسقط الحق بالصلح وانما يصح اسقاطه بقدر ما أمره صاحب الحق وفيما زاد على ذلك هو كاجنبي آخر فلا يصح اسقاطه أصلاً قال واذا وكل الرجل رجلاً بالصلح في شجة تدعى قبله وان يضمن البذل فصالح على صنف بنصر عينه أو على عشرة من الغنم أو على خمس من الابل فهو جائز وعلى الوكيل من ذلك الوسط كما لو كان الموكل صالح بنفسه وهذا لانه مال يلتزمه عوضاً عما ليس بمال وجهالة الوصف في المسمى لا تمنع صحة التسمية في مثله كما في النكاح والخلع ثم يرجع الوكيل به على الموكل لانه التزمه بأمره حين أمره ان يضمن قال ولو وكل المطلوب وكيلاً بالصلح في موضحة عمداً فصالح الوكيل على خدمة عبد الموكل سنين فالصلح جائز لان تسمية خدمة عبده كتسمية رقبة عبده وذلك لا يمنع جواز الصلح إلا ان يكون الموكل لم يرض بزوال ملكه عن منفعة عبده فيخير في ذلك ان شاء رضى به وان شاء لم يرض وعليه قيمة الخدمة وقد بينا نظيره فيما اذا سمى في الصلح عيناً من أعيان ماله وان استحقاقه ذلك المسمى كاستحقاق غيره فلا تبطل به التسمية ولكن يجب قيمة المسمى قال ولو صالحه على خمر أو خنزير أو حر فهو عفو ولا شيء على الأمر ولا على الوكيل لان القصاص ليس بمال وانما يجب المال فيه بالتسمية واذا كان المسمى ليس بمال لا يجب شيء كالطلاق فان من طلق امرأته على خمر أو خنزير أو حر لا يجب عليها شيء وهذا بخلاف البضع لان البضع عند دخوله في ملك الزوج متقوم (ألا ترى) انه لو سكت هناك عن ذكر البذل يجب مهر المثل ولو سكت عن ذكر البذل هنا لا يجب شيء ولو قال الوكيل أصالحك على هذا العبد أو على هذا الخل فضمنه له فاذا العبد حر والخل خمر فعلى الوكيل ارض الشجة لانه سمي متقوماً فاذا ظهر أن المشار اليه ليس بمال تمكن الفرر من جهته فيرجع بأصل حقه وهو ارض الشجة وهو بمنزلة الخلع في هذا ثم الوكيل قد ضمنه فيكون مطالباً بحكم الضمان ويرجع به على الموكل لانه غير مخالف أمره فيما التزم ولو صالحه على عبيدين فاذا أحدهما حر فليس للمصالح غير العبد الباقي في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله الآخر له العبد الباقي وقيمة الحر لو كان عبداً وفي قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله مع العبد الباقي تمام ارض الشجة وهذا الخلاف في الخلع هكذا فمحمد رحمه الله يقول المصالح سمي عبيدين فاذا كان احدهما حراً تحقق الفرر من جهته فيكون حق الطالب في تمام ارض الشجة هنا وحق الرجوع للزوج فيما ساق اليها من الصداق في الخلع هكذا فيأخذ العبد الباقي

وما زاد على قيمته الى تمام الشجة باعتبار الفرر كما اذا كان الصلح على عبد واحد فظهر انه حر وأبو حنيفة رحمه الله يقول الخلع والصلح باعتبار تسمية الباقي صحيح وتسمية الحر معه لغو فصار ذكره والسكوت عنه سواء بخلاف ما اذا كان المسمى عبدا واحدا لانه لا يمكن تصحيح العقد هناك معاوضة باعتبار ما وقعت الاشارة اليه من العبد الباقي فلماذا جعلنا التسمية في العبد الأخير لغوا (واصل مذهب أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الجامع الصغير) اذا تزوجها على عبدين فاذا أحدهما حر فليس لها الا العبد الباقي في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله الآخر لها العبد الباقي وقيمة الحر لو كان عبدا وفي قول محمد رحمه الله لها العبد الباقي والزيادة على ذلك الى تمام مهر مثلها قال ولو صالحه على عبد فاذا هو مدبر أو مكاتب أو على أمة فاذا هي أم ولد وضمن الوكيل تسليمه فعليه قيمته في ماله ويرجع بها على الموكل لان المسمى مملوك متقوم ولكنه استحق نفسه بالحرية الثابتة له فكأنه استحقه غيره ولو وقع الصلح على عبد فاستحق وجبت قيمته فهذا مثله قال واذا شج رجلان رجلا موضحة فوكل وكيلا يصالح مع أحدهما بعينه على مائة درهم جاز كما لو باشر الصلح بنفسه وعلى الآخر نصف الارش لان الواجب بالجناية على كل واحد منهما نصف الارش دون القود فان الاشتراك في الفعل يمنع وجوب القود فيما دون النفس قال وان وكله ان يصالح مع أحدهما ولم يبين أيهما هو فهو جائز لان هذه جهالة مستدركة ومثلها لا يمنع صحة الوكالة ثم الرأي الى الوكيل يصالح أيهما شاء وكذلك لو كان الشاج واحدا والمشجوج اثنين فوكل وكيلا بالصلح عنهما فصالح عن أحدهما ولم يسمه ثم قال الوكيل هو فلان فالقول قوله لانه ممثل أمره في حق من صالح معه وهو الباشر للعقد واليه تعيين ما باشر من العقد لانه كان مالكا للتعيين في الابتداء فكذلك في الانتهاء يصح تعيينه ويكون هو بمنزلة الموكل فيه قال واذا اشترك حر وعبد في موضحة شجاها رجلا فوكل الحر ومولى العبد وكيلا فصالح عنهما على خمسمائة فعلى مولى العبد نصف ذلك قلت قيمة العبد أو كثرت وعلى الحر نصفه لان كل واحد منهما كان مطالبا بنصف الجناية وانما وكلا الوكيل بالصلح عن الجناية فاذا كان كل واحد منهما مطالبا بالنصف كان الوكيل نائبا عن كل واحد منهما في النصف فعلى كل واحد منهما نصف البدل كما لو كانا حرين أو كان المولى والاجنبي صالحا بانفسهما مع المشجوج وهذا لان المولى بهذا الصلح صار مانعا دفع العبد فيكون مختارا للفداء وعند اختيار الفداء

فوجب جناية العبد والحر سواء وكذلك لو كان ذلك في دم خطأ لما ذكرنا قال ولو أن رجلا قتل عبدا وحرأعمدا أو خطأ فوكل مولى العبد وأولياء الحر وكيلا فصالح القاتل على عشرة آلاف كانت بينهم يضرب فيها أولياء العبد بقيمته وأولياء الحر بالدية كما لو صالحا بانفسهما وهذا لأن كل واحد منهم يضرب في بدل الصلح بجميع حقه وحق مولى العبد في قيمة العبد وحق أولياء الحر في الدية وكذلك لو صالح على أحد عشر ألفا وقيمة العبد خمسمائة والقتل عمدا لأن الواجب هو القصاص دون المال والمال في الصلح من دم العمد لا يتقدر بشيء شرعا فأما إذا كان القتل خطأ فلورثة الحر من ذلك عشرة آلاف والباقي لمولى العبد لأن دية الحر في الخطأ مقدرة شرعا بعشرة آلاف لا تجوز الزيادة عليها فهذا كان لورثة الحر عشرة آلاف قال ولو كان العبد قتل عمدا والحر خطأ فصالح على أحد عشر ألفا وأولياء الحر عشرة آلاف لما بينا وما بقي فلمولى العبد لأنه في حقه هذا صالح عن القود فيجوز على قدر من البذل قال ولو كان الحر قتل عمدا والعبد خطأ كان الصلح جائزا وهو مثل الباب الأول لما قلنا قال ولو أن نصرانيا شج موضحة فوكل المطلوب وكيلا مسلما فصالح عنه بخمر وضمن له لم يجز وكان الذمي على حقه لأنه ملتزم بدله حين ضمنه بمقد الصلح والتزام المسلم الحر لا يكون صحيحا ولما وكله بأن يصلح ويضمن كان التوكيل باطلا فيطل الصلح أيضا والنصراني على حقه قال ولو كان الطالب وكل مسلما فصالح عنه على خمر جاز لأن وكيل الطالب سفير عنه لا يتعلق به شيء من الحقوق ولا إليه شيء من قبض البذل وهو قياس نصرانية وكنت مسلما أن زوجها من نصراني على خمر وذلك جائز فهذا مثله قال ولو كان الطالب والمطلوب مسلمين وقد وكل كل واحد منهما ذميا فصالح على خمر لم يجز لأن الوكيلين سفيران عن المسلمين فلا يكون اليهما من حقوق العقد شيء فيكون صلحهما كصلح الموكلين قال ولو أن عبدا قتل خطأ فوكل مولاه وكيلا بالصلح فصالح على عشرة آلاف درهم جاز ذلك ويرد المولى من ذلك عشرة دراهم لأن بدل نفس العبد في الخطأ لا يزاد على عشرة آلاف الا عشرة فالزيادة على ذلك أخذت بغير حق فيلزمه رده وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يتقدر نفس العبد بشيء ولكن تجب القيمة بالغة ما بلغت لا يلزمه به شيء ولو كانت شجرة فصالح على ألف درهم جاز لأن بدل الطرف من العبد في الجناية لا يتقدر بشيء بل تجب القيمة بالغة ما بلغت بمنزلة الجناية على الاموال وقد ذكر هنا على قول محمد رحمه الله أنه يسلم له من ذلك

خمسائة درهم ويبطل ما بقى وهذا اشارة الى أن الجناية على العبد فيما دون النفس فلي هذه
 الرواية يسلم له باعتبار الموضحة نصف عشر بدل نفسه وذلك خمسمائة الا نصف درهم ويلزمه
 رد ما بقى قال ولو كانت الجناية فوق عين فصالحه على ستة آلاف جاز في ظاهر الرواية لما قلنا
 وعلى قول محمد رحمه الله يسلم له من ذلك خمسة آلاف الا خمسة ويبطل ما بقى وذكر في هذا
 الكتاب رواية أخرى عن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا صالحه من هذه العين على عشرة آلاف
 نقصت منها احد عشر درهما ووجه هذا ان بدل الطرف وان كان لا يتقدر بشيء فعلم انه لا
 يكون مساويا لبذل النفس واذا كان بدل نفسه يتقدر بعشرة آلاف الا عشرة ينقص من
 ذلك في بدل العين درهم فلماذا يسلم له عشرة آلاف الا احد عشر درهما قال ولو كان وكيل
 هذا الصلح وكيل المطلوب فضمن ذلك جاز عليه ولكن ان كان زاد بقدر ما يتقرب الناس فيه
 لزم ذلك المطلوب حتي يرجع الوكيل عليه لانه ممثّل أمره في الالتزام وان زاد مالا يتقرب
 الناس فيه كان مخالفا لانه بمنزلة الوكيل بالشراء فيلزمه المالم بالضمن ولا يرجع على المطلوب
 بشيء منه قال واذا وكل رجلا بشجرة موضحة شجها اياه رجل فليس له أن يصالح ولا ينفو
 ولا يخاصم لانه لم يبين عند التوكيل انه بماذا أمره فكان عاجزا عن تحصيل مقصود
 الموكل بما سمي له ولو أخذ ارشها تاما كان باطلا في القياس أيضا لما قلنا ان التوكيل باطل
 حين لم يعرف الوكيل مقصود الموكل وفي الاستحسان ان كان عمدا فكذلك لان الواجب
 هو القصاص فأخذ الارش يكون صالحا وقد بينا ان الوكيل بالشجرة لا يملك الصلح وان
 كان خطأ جاز أخذه الارش لا بانتفاء أنه استوفى كمال حقه وذلك كان مقصود الموكل وهو
 نظير ما تقدم فيما اذا وكل وكيل بدينه كان له أن يقبضه استحسانا فكذلك اذا وكل وكيل
 بشجرة لان المراد موجب الشجرة وهو الدية قال ولو وكله في كل شيء له لم يكن له أن يتقاضى
 دينه ولا يخاصم وإنما هو وكيل بالحفظ لان في قوله وكلتك بأعيان مالي فإنه نص على ما هو
 له على الاطلاق وذلك في العيين دون الدين ويعلم ان الحفظ مراده وليس في شيء آخر سوى
 الحفظ ييقن فلماذا لا يملك إلا المتيقن به قال ولو قال المشجور ماصنعت في شجتي من شيء فهو
 في حل فصالح عليها أجزت ذلك استحسانا لان هذا وقوله وكلته بالصلح عن شجتي سواء
 فان قوله فهو في حل أي هو من نقصان في حل وذلك انما يكون بالصلح لان مبنى الصلح
 على الاغماض والتجوز بدون الحق ولو أبرأ منهم لم يجز لانه بهذا اللفظ صار وكيل بالصلح

ولفظ الصالح يحتمل اسقاط بعض البدل لا كله وفي الابرء اسقاط الكل ولو قال ما صنعت فيها من شيء فهو جائز أجزأت البراءة والصالح وغيره لأنه أجاز صنعه مطلقا واسقاط البعض بالصالح أو الكل بالابرء من صنعه فلهذا يجوز واو قال قد جعلته وكيلا في الصلح وأمرته بالتقبض فصالح عنه فله أن يقبض لأنه أمره بالتقبض نصا ولو صالح بنفسه ثم أمره بتقبض بدل الصلح جاز فكذلك إذا أمره بالصالح والتقبض قال وإذا وكل الشاج وكيلا بما يدعى قبله فليس له أن يصالح ولا يخاصم ولا يصنع شيئا لأن الموكل لم يعين مراده عند التوكيل فكان عاجزا عن تحصيل مقصوده قال وإذا وكل المكاتب بالصلح عن جنابة ادعيت عليه أو على عبده ثم رد في الرق ثم صالح الوكيل وهو لا يعلم بمجزه وضمن بدل الصالح فانه لا يجوز على المكاتب في رقبته كما لو صالح بنفسه بعد العجز وعجزه يتضمن عزل الوكيل في حق المولى لا في حق المكاتب لأن ابتداء التوكيل بعد عجزه لا يصح في حق المولى ولكنه يصح في حق المكاتب وكذلك العجز بعد التوكيل فيكون الوكيل مطالبا بالمال لأنه قد ضمنه ويرجع به على المكاتب إذا عتق لأن التوكيل في حقه صحيح وعلى هذا توكيل العبد المأذون بالصلح عن جنابة عبده إذا حبر عليه مولاة قال ولو وكل رجل رجلا بالصلح في شجرة ادعيت قبله ثم مات الموكل بطلت الوكالة لأن تصرف الوكيل كان على وجه النيابة عن الموكل وقد انقطع رأى الموكل بموته فان صالح الوكيل وضمن جاز عليه في ماله خاصة لأنه متبرع في الصلح كاجنبي آخر وان لم يمت ومات الطالب فصالح الوكيل ورثته جاز على الموكل لأن ورثة الطالب بعد موته يقومون مقامه في المطالبة بموجب الشجرة قال وإذا وكله بالصلح في موضعة شجها إياه رجل فصالح على الموضعة التي شجها فلان ولم يقل هي في موضع كذا فهو جائز لأنه عرفها بالاضافة الى فلان ومحل فصل فلان معلوم معين فينبغي ذلك عن الإشارة اليه وكذلك اليد والمين والسن فان قال علي اليد اليسرى والمقطوعة هي اليمنى فالصلح باطل لأنه أضاف الصلح الى ما ليس بحق له ولو صالح الموكل بنفسه عما ليس بحق له كان الصلح باطلا فكذلك الوكيل إذا صالح عن مثل ذلك وانه أعلم

باب وكالة الوكيل

(قال رحمه الله) وإذا وكل الرجل الصبي الذي لا يعقل أو المجنون الذي لا يعقل ولا

يتكلم فهو باطل لان التوكيل امانة للوكيل مناب نفسه في العبارة فاذا لم يكن الوكيل من
 أهل العبارة كان التوكيل باطلا وان كان صبييا يعقل ويتكلم أو مجنونا يعقل فهو جائز لانه من
 أهل العبارة (ألا ترى) ان تصرفه في حق الموكل بأمره ينفذ ولكنه ليس من أهل التزام
 المهدة فمهدة التصرف تكون على الموكل قال ولو وكل وكيلاً بشي من التصرفات وقال ما
 صنعت فيه من شي فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره فهو جائز لانه اخبار منه على العموم
 والتوكيل من صنعه قال وان مات الوكيل أو جن أو ارتد ولحق بدار الحرب فالوكيل الثاني
 على وكالته لان الوكيل الثاني وكيل الأمر لا وكيل الوكيل فان فعل الوكيل الأول في
 توكيله كفعل الموكل بنفسه فصار هو بعبارة الوكيل الاول وكيلاً للموكل ورأى الموكل باق
 فلماذا بقي على وكالته ولم يذكر في الكتاب ان الموكل اذا عزل وكيله وجاء فضولي وأخبره
 بذلك هل ينزل أولاً والجواب فيه على قول أبي حنيفة رحمه الله ان الخبر ان كان عدلاً انزل
 بخبره والا فلا وفي الفضولي اختلاف الروايات على قول أبي حنيفة رحمه الله في اشتراط
 العدالة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ينزل بخبر الواحد عدلاً كان أو فاسقاً وسنقرر
 هذا الفصل في المأذون ان شاء الله تعالى فان الحرج على العبد المأذون وعزل الوكيل في هذا
 سواء فمن أصلهما أن ما يكون من المعاملات لا يشترط العدالة في الاخبار به لاجل الضرورة
 فان المدل في الخبر لا يوجد في كل معاملة (ألا ترى) ان في التوكيل والاذن اذا أخبر به بخبر
 فوقع في قلبه انه صادق كان له ان يتصرف وان كان الخبر فاسقاً فكذلك العزل على أصل
 أبي حنيفة رحمه الله اذ كل خبر يتعلق به اللزوم فقول الفاسق لا يكون حجة فيه لان الشرع
 نص على التوقف في خبر الفاسق بقوله تعالى فتثبتوا وذلك يمنع ثبوت اللزوم بخبره والاخبار
 بالمزل والحجر يلزمه الكف عن التصرف فلم يدا يشترط فيه ان كان فضولياً أن يخبر عن نفسه
 الا ان يكون رسولا للموكل فحينئذ هو معبر عنه فيكون الملزم قول الموكل لا قوله بخلاف
 التوكيل والاذن فانه غير ملزم شيئاً بل هو بالخيار ان شاء تصرف وان شاء لم يتصرف فلماذا
 لا تشترط العدالة فيه وذكر في نوادر هشام رحمه الله انه اذا وكل وكيلاً ببيع عبده وقيمة
 العبد ألف فباعه بأقل من ألف على ان الوكيل بالخيار ثلاثة أيام فصار يساوي الفين في مدة
 الخيار ثم اختار الوكيل البيع ومضت الايام الثلاثة فعند أبي حنيفة رحمه الله يجوز في الوجهين
 لانه يملك ابتداء البيع بأقل من قيمته فكذلك يملك الاجازة وعلى قول محمد لا يجوز في

الوجهين لان عنده لا يملك ابتداء البيع بأقل من قيمته بما لا يتغابن الناس فيه فكذلك لا ينفذ
بالاجازة سواء كانت الاجازة بفعله أو بمضى المدة قبل الفسخ لان سكوته عن الفسخ حتى
مضت المدة بمنزلة الاجازة منه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ان أجاز الوكيل في الثلاثة
فهو باطل كما قال محمد رحمه الله وان سكت حتى مضت المدة تم البيع بمضى المدة ويجعل كان
حصول الزيادة بمد مضى المدة قال ولو وكله أن يشتري له فعلى قول زفر رحمه الله يجوز
شراؤه على الموكل لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثمنا فالشراء به كالشراء بالدرهم
وفي قول أبي حنيفة الآخر رحمه الله وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يكون الوكيل
مشتريا لنفسه لانه لما لم يحمل التوكيل في الثمن على العموم لما يناله حمل على أخص
الخصوص وهو الشراء بالنقد فاذا اشترى لغيره كان مشتريا لنفسه وذكر في اختلاف زفر
ويقوب رحمهما الله انه اذا وكله ببيع متاعه في سوق الكوفة فباعه في بيت في غير سوق
الكوفة لا ينفذ يمه عند زفر رحمه الله لانه خالف ما أمر به نصا وجاز عند أبي يوسف رحمه
الله لان مقصود الموكل انما هو سعر الكوفة لا عين السوق وقد حصل مقصوده وانما
يراعي من الشروط ما يكون مفيدا على ما بينا قال ولو كان عبد بين رجلين فباع فضولى
نصفه من رجل فان أجاز المولى ان جاز في النصفين جميعا بالانفاق وان أجازة أحدهما فعلى
قول زفر رحمه الله يجوز في النصف نصيبه ويبقى النصف نصيب الآخر موقوفا على اجازته لانه
هكذا يتوقف وعند الاجازة انما ينفذ على الوجه الذي يتوقف وعند أبي يوسف رحمه الله
يجوز في جميع نصيب المحيز ويصير عند الاجازة كأنه باشر بيع النصف بنفسه فيصرف الى
نصيبه خاصة ولو أراد صاحبه أن يحيز بمد ذلك لا تصح اجازته في شيء والله أعلم بالصواب

كتاب الكفالة

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وغفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي
سهل السرخسي رحمه الله املاء الكفالة مشتقة من الكفل وهو الضم ومنه قوله تعالى
وكفلها زكريا أي ضمها الى نفسه وقال صلى الله عليه وسلم أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين أي
ضم اليتيم الى نفسه ومنه سميت الخشبة التي تجعل دعامة الحائط كفيلا لضمها اليه فمضى تسمية
المقد بالكفالة انه يوجب ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل على وجه التوثيق (أحدهما)

الضم في المطالبة دون أصل الدين بل أصل الدين في ذمة الاصيل على حاله والكفيل يصير مطالبا كالاصيل وكما يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من له ابتداء حتى تكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع وأصل الثمن للموكل فكذلك يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من عليه فتتوجه المطالبة على الكفيل بعد الكفالة وأصل الدين في ذمة الاصيل وكذلك تنفصل المطالبة عن أصل الدين سقوطا بالتأجيل فكذلك التزاما بالكفالة والمطالبة مع أصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك الغير فكما يجوز أن ينفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق المطالبة وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن فكذلك يجوز أن ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام أصل الدين (والطريق الآخر) أن تنضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في ثبوت أصل الدين لأن الكفالة اقراض للذمة والتزام المطالبة ينبنى على التزام أصل الدين وليس ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لأنه وإن ثبت الدين في ذمتهما فلا ن لا يكون إلا من أحدهما كالفاسد مع غاصب الفاسد فان كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المفصوب منه الا في ذمة واحد لأنه لا يستوفى الا من أحدهما غير ان هناك اختيار تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر لما فيه من التمليك منه وهنا لا يوجب مالا توجد حقيقة الاستيفاء فلهذا ملك مطالبة كل واحد منهما به (والحوالة مشتقة من التحول) ومنه الحوالة في الفرس بالنقل من موضع الى موضع وموجه تحول الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه على سبيل التوثيق به والعقد ان في الشرع (وأما الكفالة) فلقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ومأبوت في شريعة من قبلنا فهو ثابت في شريعتنا ما لم يظهر نسخته والظاهر هنا التقرير فان النبي صلى الله عليه وسلم يمت والناس يكفلون فافترهم على ذلك وقال النبي صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم * والدليل على جواز الحوالة قوله صلى الله عليه وسلم من أحيل على ملي فليتبّع أي فليتبّع من أحيل عليه والكفالة مع جوازها وحصول التوثيق بها فلا امتناع من مباشرتها أقرب الى الاحتياط على ما قيل انه مكتوب في التوراة الزعامة أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة واختلف العلماء رحمهم الله في موجب العقدين فعندنا الكفالة لا توجب براءة الاصيل والحوالة توجب وعند ابن أبي ليلى رحمه الله الكفالة توجب براءة الاصيل كالحوالة لأنه لا بد من وجوب الدين في ذمة الكفيل ومن ضرورته فراغ ذمة الاصيل منه لأن ما ثبت في

عمل فما دام باقيا في ذلك المحل فرغ منه سائر المجال ضرورة واذا ثبت في محل آخر فرغ منه
المحل الأول ضرورة لاستحالة ان يكون الشيء الواحد شاغلا لمجالس وقد ثبت الدين في ذمة
الكفيل فمن ضرورته براءة ذمة الاصيل وعلى قول زفر رحمه الله الحوالة لا توجب براءة
الاصيل كالكفالة لان المقصود بها التوثيق لحق الطالب وذلك في أن تراه له المطالبة لا ان
يسقط ما كان له من المطالبة وليكن نقول كل واحد من المقدين اختص باسم واختصاص العقد
بموجب هو معنى ذلك الاسم كاختصاص الصرف باسم كان كاختصاصه بموجب هو معنى
ذلك الاسم وهو صرف ما في يد كل واحد منهما الى يد صاحبه بالتبض في المجلس (والسلم)
اختص باسم لاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم وهو تعجيل أحد البدين في التبض
في المجلس وتأخير البديل الآخر بالتأجيل فكذلك هنا معنى الكفالة الضم فيقتضى ان يكون
موجب هذا العقد ضم أحد الذمتين الى الأخرى وذلك لا يكون مع براءة ذمة الاصيل
(ومعنى الحوالة) التحويل وذلك لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل (ثم الكفالة نوعان)
كفالة بالنفس وكفالة بالمال وقد بدأ ببيان الكفالة بالنفس لان ذلك يكون قبل ثبوت المال
عادة ومباشرته بين الناس أظهر من مباشرة الكفالة بالمال وافتتح بحديث حبيب الذي كان
يقوم على رأس شريح رحمه الله ان شريحا حبس ابنه بكفالة بنفس رجل قال حتى طلبنا الرجل
فوجدناه فدفعناه الى صاحبه وفي الحديث دليل عدل شريح رحمه الله فانه لم يمل الى ابنه بل
حبسه ولهذا بقي على القضاء نيفا وأربعين سنة وفيه دليل على ان الكفالة بالنفس تصح وأن
الكفيل يحبس اذا لم يسلم نفس المطلوب الى خصمه وان تسليم الغير بأمر الكفيل كتسليم
الكفيل لانه قال طلبنا الرجل فأخذناه فدفعناه الى صاحبه وجواز الكفالة بالنفس مذهب
علمائنا رحمهم الله وعليه عمل القضاة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو
أحد أقاويل الشافعي رحمه الله وفي القول الآخر يقول هي ضعيفة وفي القول الثالث يقول
لا تكون صحيحة لانه يلتزم ما لا يقدر على تسليمه فيكون كبيع الطير في الهواء ويبانه ان
المكفول بنفسه رقباى مثله لا ينقاد له لتسليمه خصوصا اذا كفل بنفسه أمره وكذلك اذا
كفل بأمره لان أمره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه لتسليمه كما ان أمره بالكفالة
بالمال لا يثبت له عليه ولانه يؤدي المال من مال المكفول عنه وهو الحرف الثاني له ان
هذه الكفالة بشرط اداء المكفول به من ملك المكفول عنه ولو كفل بشرط أن يؤديه من

مال المكفول عنه لم يصح فكذلك اذا كفل بالنفس وحجبتا في ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كفل رجلا في تهمة والتكفيل أخذ الكفيل بالنفس وكان بين علي وابن عمرو رضي الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم رضي الله عنها بنفس علي رضي الله عنه وكفل حمزة ابن عمر والاسلمي في تهمة رجل فاستصوبه عمر رضي الله عنه وان ابن مسعود رضي الله عنه لما استتاب أصحاب ابن النواحة كفلهم عشائهم ونفاهم الى الشام والمعنى فيه انه التزم تسليم ما هو مستحق على الأصل فتصح كالكفالة بالمال ومعنى هذا ان تسليم النفس مستحق على الأصل حقا للمدعى حتى يستوفى عند طلبه فان القاضي يقطعه عن أشغاله وبحضرة مجلسه عند طلب خصمه وقد ذم الله تعالى قوما على الامتناع عن الحضور بقوله واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم الآية وانما يذم الامتناع بما هو مستحق عليه فاذا ثبت ان التسليم مستحق وهو مما تجرى فيه النية صح التزامه بالكفالة والظاهر أن الانسان لا يكفل الا بنفس من يقدر على تسليمه ممن هو تحت يده أو ينقاد له في التسليم خصوصا اذا كفل بأمره فانه هو الذي أدخله في هذه الورطة فمليه اخراجه بالاتقياد له لتسليمه الى خصمه الا انه اذا كان كفل بالمال والديون تقضى بامثاله وهو موجود في يد الكفيل فلا حاجة الى اثبات الولاية له في مال الاصيل فيؤمر بالاداء من مال نفسه ثم يؤمر بالرجوع عليه وفي النفس لا يتأتى التسليم الا باحضار الاصل فيثبت له عليه ولاية الاحضار للتسليم وكذلك ان كان كفل بغير أمره لانه يتمكن من أن يدعى عليه ما لا يحضره القاضي فيسلمه الى خصمه ويكون هذا كذبا ولا رخصة في الكذب والاصح أن يقول ليس التسليم كله في احضار الاصل اذا أتى بالطالب الى الموضع الذي فيه المطلوب فيه دفعه يتحقق التسليم مع ان شرط صحة الالتزام كون الملتزم ملتزما ما لا قدرة له على أدائه كالتزام حقوق الله تعالى بالنذر حتى ان من نذر أن يحج ألف حجة يلزمه وان كان لا يعيش هو ألف سنة ليؤدي فنه أيضا التسليم يتأتى فيصح التزامه وان كان الكفيل ربما يعجز عنه وعن الشعبي رحمه الله في رجل كفل بنفس رجل فمات المكفول برئ الكفيل وبه نأخذ لمعينين أحدهما أن الخصومة وتسليم النفس الى الخصم الذي سقط عن الاصل بموته وبراءة الاصيل بأي طريق يكون موجب براءة الكفيل والثاني أن محل التسليم فاته بموته ولا يتأتى التسليم بدون المحل فكما ان عدم تأتى التسليم يمنع ابتداء الكفالة فكذلك يمنع بقاءها ثم ذكر عن أبي حنيفة رحمه الله في الرجل يكفل بنفس الرجل ثم لم يأت

به أن يجبس ولا يكون ذلك في أول مرة يتقدم اليه وهذا لان الحبس نوع عقوبة وانما توجه على الظالم ولا يظهر ظلمه في أول مرة لانه لم يسرقه انه لماذا يدعي حتى يأتي بالخصم معه فلماذا لا يجبسه القاضي ولكنه يأمره أن يأتي بالخصم فيسلمه فاذا امتنع حين ذلك مع تمكنه منه حبسه واذا ارتد المكفول ولحق بدار الحرب لم يبرأ الكفيل لان لحاقه بدار الحرب كونه حكما في قسمة ماله بين ورثته فاما في حق نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته وكذلك الاحضار والتسليم يتأتى بعد رده وعليه تنبني الكفالة اذا علم ذلك لا يجبس الكفيل ولكنه ان كان يتمكن من الدخول في دار الحرب واحضاره أمهله في ذلك مقدار ما يذهب فيأتي به فان لم يفعل حبسه حينئذ بمنزلة ماله كان غائبا في بلدة أخرى وان كان يعلم أن الكفيل لا يتمكن من ذلك أمهله الى أن يتمكن منه ويجبسه ما لم يمتنع منه بعد تمكنه وهو نظير الكفيل بالمال فانه اذا كان معسرا عاجزا عن الاداء أمهله القاضي الى وقت يساره عملا بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وطريق ثبوت هذا المجز علم القاضي به باقامة البينة عليه ولم يذكر في الكتاب ان في مدة عجزه عن الطالب أن يلزم الكفيل فهو على الاختلاف عندنا له ذلك ولكن لا يمنعه من كسبه وحوادثه وعند اسماعيل بن حماد رحمهما الله ليس له ذلك وهو نظير الاختلاف في المديون اذا ثبت عند القاضي عسرته فأخرجه من السجن وسنقره في موضعه ان شاء الله تعالى واذا حبس المكفول به بدين أو غيره فللطالب أن يأخذ الكفيل بتسليمه لانه قادر على تسليمه بان يعتمه مما حبس فيه ان كان دينا قضاء عنه أو حقا آخر أو فاء اياه وهذا النوع من التسليم وان كان يلحقه الضرر فيه فقد رضي بالتزامه حتى قدم على الكفالة ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا اذا كان محبوسا عند غير هذا القاضي فاما اذا كان محبوسا عنده هذا القاضي فالسبيل للكفيل أن يقول للقاضي هوفي يدك فأخرجه من السجن لاسلمه الى خصمه حتى يثبت عليه حقه ثم يجبسه بحقهما فالقاضي يجبسه الى ذلك لانه طلب منه أن ينظر له وليس فيه ضرر على أحد فيجبسه القاضي الى ذلك وان مات الكفيل بطلت الكفالة لان تسليم الكفيل المطلوب بعد موت الكفيل لا يتحقق منه ولا توجه المطالبة بالتسليم على ورثته لانهم لم يكفلوا له بشيء وانما يخلفونه فيما له لافيا عليه (ألا ترى) أن من عليه القصاص اذا مات لا يخلفه وارثه فيما عليه وكذلك لا يني باعتبار تركته بعد موته لانه انما يبقى باعتبار التركة بعد الموت ما يمكن استيفاؤه

من التركة والكفالة بالنفس لا يمكن استيفاؤها من المال فلماذا لا يبقى باعتبار التركة وإذا أقر الطالب أنه لاحق له قبل المكفول ثم أراد أخذ الكفيل بتسليم نفسه فله ذلك وإقراره بهذا لا يمنع ابتداء الكفالة فلا يمنع بقاءها بطريق الأولى وهذا لأنه ربما يكون وصيا لميت له عليه حق أو وكيل في خصومة له قبل ذلك الرجل حق فانتفاء حق نفسه عنه لا يمنع استحقاق التسليم له بهذا الطريق فلماذا كان الكفيل مطالباً بتسليم نفسه وإن لم يقر الطالب بذلك ولكن بقي المكفول به فأخذ منه كفيلاً آخر لا يبرأ الكفيل الأول لأنه لا منافاة بين الكفالة الثانية والأولى ومقصود الطالب من هذه الزيادة التوثيق بحقه فلا يتضمن براءة الكفيل الأول وكذلك ملاقة الطالب مع المكفول لا يمنع بقاء الكفالة لأن ذلك كان موجوداً عند ابتداء الكفالة ولم يمنع صحة كفالته فلان لا يمنع بقاءها أولى وإذا سلم الكفيل المكفول إلى الطالب برئ منه لأنه أوفاه ما التزمه له فانه ما التزم التسليم لامرأة واحدة وقد أتى به وهو كالمطلوب إذا أو في الطالب ما عليه من الدين ويستوى أن قبله الطالب أو لم يقبله لأن الكفيل يبرأ بإفشاء عين ما التزم فلا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمدينون إذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وتضرر من عليه فانه يتمتع من ذلك ابتقاء لحق نفسه والضرر مدفوع بحسب الامكان وإذا كفل بنفس رجل على أن يوافي به في المسجد الأعظم فدفعه إليه بالسكناسة أو في السوق أو في غير ذلك الموضع من المصر برئ لأن التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيداً فاما إذا لم يكن مفيداً فلا وتقييد التسليم بالمصر مفيد لأنه إذا سلمه خارج المصر ربما يهرب منه أو لا يتمكن من احضاره بل يتمتع منه أما في المصر فالتقييد بموضع منه غير مفيد لأنه يتمكن من احضاره مجلس الحكم في أي موضع من المصر سلمه إليه اما بقوة نفسه واما بمعاونة الناس اياه فلماذا لا يعتبر تقييده بالمسجد الأعظم والمتأخرون من مشايخنا رحمهم الله يقولون هذا الجواب بناء على عادتهم في ذلك الوقت فاما في زماننا إذا شرط التسليم في مجلس القاضي فانه لا يبرأ بالتسليم إليه في غير ذلك الموضع لان في زماننا أكثر الناس يمينون المطلوب على الامتناع من الحضور لثلبة أهل الفسق والفساد فتقييد التسليم بمجلس القاضي مفيد وفيه طريقة أخرى أن نواحي المصر كلها مكان واحد (ألا ترى) أن في عقد السلم إذا شرط التسليم في مصر كذا جاز وإن لم يبين في أي موضع من المصر يسلمه إليه فإذا جعل الكل مكاناً واحداً قلنا في أي موضع من المصر سلمه إليه فقد أتى بما التزمه فيبرأ وإذا كفل بنفس رجل وهو غائب أو محبوس جاز

وهو حائز ضامن لان تسليمه يتأتى باحضاره أو اخراجه من السجن وشرط صحة الكفالة
 يأبى التسليم واذا طلب رجل الى رجل ان يكفل بنفس آخر ففعل فان الكفيل يؤخذ به ولا
 يرجع على الآمر ولا على المكفول به أما الكفيل فلانه التزم تسليم ما يتأتى تسليمه فيؤخذ به ولا
 يرجع عليه فكذلك اذا كفل بنفسه وهو يرجع على الآمر لانه ماضن له شيئا وانما أشار
 عليه بمشورة ولم تكن تلك المشورة ملزمة اياه شيئا وانما اللزوم بالتزامه باختياره فهذا
 لا يرجع عليه واذا كفل بنفسه الى شهر ثم دفعه اليه قبل الشهر برى لان التأجيل انما كان
 لحق الكفيل حتى لا يضيق عليه الأمر في المطالبة قبل الشهر فاذا سلمه قبل مضي الشهر فقد
 أو في ما عليه واسقط حق نفسه فهو بمنزلة من عليه دين مؤجل اذا قضاه قبل مضي الأجل
 برى ولم يكن للطالب أن يأبى القبول فكذلك هنا لا يكون للمكفول أن يأبى القبول واذا
 دفع المكفول به الى الطالب في السجن وقد حبسه غيره فان الكفيل لا يبرأ منه لان المقصود
 من التسليم أن يتمكن من اخضاره مجلس الحكم ليثبت حقه عليه وذلك لا يتأتى اذا كان محبوسا
 فهو بمنزلة تسليم الطير في الهواء أو السمك في الماء وكذلك لو دفعه اليه في مفازة أو موضع
 يستطيع المكفول أن يمتنع من الطالب فان المقصود بهذا التسليم لا يحصل للطالب فهو
 نظير المؤجر اذا سلم الدار الى المستأجر وهناك غاصب يحول بينه وبين السكنى لا يكون
 هذا التسليم معتبرا واذا دفع اليه في مصر غير المصر الذي كفل به وفيه سلطان أو قاض
 برى في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يبرأ في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حتى يدفعه
 اليه في المصر الذي كفل به فيه قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حكم فأبو حنيفة
 رحمه الله كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت
 الطلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون في الميل بالرشوة وعامل كل مصر يتقاد لامر
 الخليفة فلا يقع التفارق بالتسليم اليه في ذلك المصر أو في مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في
 زمن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر أهل الفساد والميل من القضاة الى أخذ الرشوة فقالوا
 يتقيه التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ثم وجه قول أبي يوسف
 ومحمد رحمهما الله ان مقصود الطالب التسليم في مصر يمكن فيه إثبات حقه عليه بالحجة
 وربما يكون شهوده على الحق في ذلك المصر الذي كانت فيه الكفالة فاذا سلمه اليه في مصر
 آخر لا يتمكن من اثبات الحق عليه كما لو سلمه اليه في المفازة وأبو حنيفة رحمه الله يقول

سلمه اليه في موضع آمن وغاب فيراً مما سلمه اليه في ذلك المصّر وهذا لان المعتبر تمكنه من ان يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه أو ليأخذ منه كفيلاً وهذا قد حصل ثم كما يتوهم أن يكون شهوده في ذلك المصّر يتوهم أن يكون شهوده في ذلك المصّر فيتقابل الموهومات ويبقى التسليم متحققاً من الكفيل على وجه الالتزام فيراً به واذا كفّل بنفس رجل ثم دفعه اليه وبرئ منه فلزمه الطالب فقال الكفيل دعه وانما على كفالتى أو على مثل كفالتى أو انا كفيل به فهو لازم له أتى بلفظ صالح لانشاء الكفالة به أما قوله انا على كفالتى أى بعقد انشاءه سوى الاول لانه لا وجه لتصحيحه الا هذا ووجه الصحة مقصود كل متكلم عاقل أو معناه فسخنا ذلك الابراء الحاصل لى بالرد عليك فاما كفيل به كما قلت واذا كفّل بنفس رجل والطالب يدعى قبله مالا عينا أو ديناً أو كفالة بنفس أو مال أو وكالة أو وصية فالكفالة صحيحة لان تسليم النفس بهذه الدعاوى للجواب مستحق على المطلوب وكذلك لو كان الطالب يدعى قبل المطلوب قصاصاً فى النفس أو فيما دونها أو حداً فى قذف أو سرقة لان تسليم النفس للجواب يستحق على المطلوب فى هذه الدعاوى فيصح التزامه بعقد الكفالة ومراده من هذا اذا أعطى الكفيل بنفسه طوعاً فاما القاضي فلا يأخذه باعطاء الكفيل بنفس فى دعوى القصاص والحد ولكن ان أقام المدعى شاهدين مستورين أو شاهداً عدلاً وقال لى شاهد آخر حاضر حبسه الماضى على قدر ما يرى استحساناً ولا يجبره على اعطاء الكفيل بالنفس وان لم يتم شاهداً لم يحبسه ولكنه يمكنه من ملازمته اعطاء الكفيل بالنفس وان لم يتم شاهداً لم يحبسه ولكنه يمكنه من ملازمته اذا ادعى شهوداً حضورياً الى آخر المجلس لئلا يفتنى بهم لانه ينظر لاحداً الخصمين على وجه لا يضر بالآخر والمقصود من الكفالة بالنفس التوثيق والاحتياط ومبنى الحدود والقصاص الدرء والاسقاط فلهاذا لا يجبر على اعطاء الكفيل فيه فان قيل فقد قلتم بحبسه بمد اقامة شاهد عدل ومعنى الاحتياط فى الحبس أكثر منه فى أخذ الكفيل قلنا الحبس ليس للاحتياط ولكن لتهمة الدماوى والفساد بشهادة الواحد المدل أو شهادة المستورين بصيرتهما بذلك فيحبس تمييزاً له وهذا لان الحبس نوع عقوبة وفى دعوى القصاص والحد عقوبة هى أقوى من الحبس اذا صار متهماً به يعاقب بالحبس فاما فى المال فاقضى العقوبات اذا ثبت الحبس لا يجوز أن يعاقب به قبل ثبوته واذا لم يجر حبسه وجب الاحتياط بأخذ الكفيل بنفسه ولكن هذا فى دعوى الحد والقصاص بنفسه لو كفّل صح بخلاف ما اذا كفّل بنفس الحد

والقصاص لان ذلك لا تجرى النيابة في ايفائه والكفالة التزام التسليم فاذا حصل بما يمكن استيفاؤه من الكفيل كان باطلا فاما تسليم النفس فتجرى فيه النيابة فلماذا صحت الكفالة ولو لم يدع شيئا من ذلك قبله غير انه كفل له بنفسه فالكفالة جائزة لان الحضور عند دعواه مستحق عليه (ألا ترى) انه لو حضر مجلس القاضي وادعى قبله شيئا أحضره مجلسه للجواب والدعوى ليست بسبب الاستحقاق فمررنا ان الحضور مستحق اذا لم يسبق ما ينفيه فلم هذا جازت الكفالة وكان التسليم مستحقا بما التزمه بسعد الكفالة (ألا ترى) انه لو كفل عنه بمال صحت الكفالة وان كان الاصيل مشكرا للمال وجعل كالثابت في حق الكفيل فان خاصم الكفيل بالنفس الطالب الى القاضي وقال انه لاحق لهذا قبل الذي كفلت به فان القاضي ينبغي له أن يسأله عن ذلك ولكنه يأخذه بالكفالة لانه التزم تسليم نفسه فيكون مطالبا به ما لم يظهر ما ينفيه وما ادعاه قبل الطالب من اسقاط حقه عن المطلوب فانه هو ليس بخصم فيه فلماذا لا يسأل الخصم عنه ولكن ان اقر الطالب انه لاحق له قبل المكفول وانه ليس بوصى لميت قبله خصومة ولاحق له قبله بوجه من الوجوه فان الكفيل يبرأ لان الاقرار بهذه الصفة ينفي استحقاق تسليم النفس للمقر على المطلوب وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وقد ذكر قبل هذا انه لا يبرأ واختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فانه وضع المسئلة هناك فيما اذا اقر مطلقا انه لاحق له قبله وهذا لا يوجب براءة الكفيل لجواز أن يكون الطالب صبيا أو وكلا وهنا وضع المسئلة فيما اذا فسر اقراره بما يبقى استحقاقه لتسليم النفس عنه من كل وجه وكذلك لو جحد الطالب هذه المقالة وشهد عليه بها شاهدان برئ لظهور ما ينفي استحقاق تسليم النفس عن المطلوب والثابت بشهادة العدالة كالثابت باقرار الخصم أو أقوى منه وقوله ضمنت وكفلت وهو على أو الى سراء يصير به كفيلا بالنفس أما الضمان فهو موجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامنا للتسليم والعقد ينفع بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينفع بلفظ التمليك وكذلك كفلت فان اسم هذا العقد هو الكفالة والعقد ينقد بالتصريح باسمه وانما القباله كلفظ الكفالة فان الكفيل يسمى قبلا وهو عبارة عن الالتزام ومنه يسمى الصك الذي هو وثيقة قبالة ولفظ الزعامة كذلك قال الله تعالى وأنا به زعيم وقوله وهو على أي أنا ملتزم بتسليمه لان مبلغ كلمات اللزوم على والى والى هنا بمعنى على قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالى أو قال على معناه انما ملتزم له واذا أبرأ الطالب الكفيل

من الكفالة برئ منها لانه أسقط خالص حقه وهو من أهله وألحق بمحل السقوط وكذلك قد برئ الى صاحبي فهذا اقرار بالتسليم اليه لانه أقر ببراءته مفتتح بالكفيل مختتم بالطالب وذلك بالتسليم يكون (ألا ترى) ان هذا اللفظ في المال يكون اقرارا بالاستيفاء وذلك لو قال قد دفعه الى أو قال لاحق لي قبل الكفيل من هذه الكفالة فهو برئ منها لان النفي على سبيل الاطلاق أبلغ وجوه البراءة واذا دفع المكفول به نفسه الى الطالب وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل وهذا وما لو سلمه الكفيل سواء لان للكفيل ان يطالبه بالحضور ليسلمه اذا طوب به فهو انما يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم فلا يكون متزعا فيه كالحيل اذا قضي الدين بنفسه وكذلك لو دفعه اليه انسان من قبل الكفيل من رسول أو وكيل أو كفيل لانهم قائمون مقامه في التسليم أو لم يقبل والمرأة والرجل والذمي والمستامن في ذلك سواء واذا كفل ثلاثة رهط بنفس رجل على ان بعضهم كفيل عن بعض كان للطالب أن يأخذ أيهم شاء بنفس الاول وبه نفس صاحبه لان كل واحد منهم التزم تسليم نفس المطلوب يملكه اليه بنفسه وتسليم نفس صاحبه باشتراط كفالة بعضهم عن بعض وكما تصح الكفالة بنفس المطلوب فكذلك تصح الكفالة بتسليم النفس لابقاء ما التزمه مستحقا عليه فايهم دفع الاول الى الطالب برئ لان تسليم النفس لابقاء ما التزمه مستحق عليه فايهم دفع الاول الى الطالب وأشهد بالبراءة فهو برئ وصاحبه بريثان لانه في حق صاحبيه هو كفيل بنفسيهما وقد بينا أن تسليم كفيل الكفيل كتسليم الكفيل بنفسه فلماذا يبرؤون جميعا عن تسليم نفس المطلوب كما لو سلموه جميعا وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل فيبرأ كل واحد منهم عن كفالة صاحبه ولو لم يكن بعضهم كفيلة عن بعض كان للطالب ان يأخذ أيهم شاء بنفس الاول وليس له ان يأخذه بصاحبه لانه ما التزم تسليمهما بنفسيهما وأيهم دفع الاول برثوا جميعا لانهم التزموا تسليم نفس المطلوب بمقد واحد فكانوا فيه كشخص واحد ولان المستحق عليهم احضار واحد فبالمقد الواحد لا يستحق إلا احضار واحد وقد أتى به أحدهم وهو غير متبرع في ذلك فكانهم أتوا جميعا به وهذا بخلاف ما اذا كفل كل واحد منهم بنفسه بمقد على حدة ثم سلمه أحدهم برئ هو ودون صاحبه لان هناك كل واحد منهم التزم الاحضار بمقد على حدة فالاحضار المستحق على كل واحد منهم غير ما على صاحبيه وفي الاول التزموا الاحضار بمقد واحد فيكون المستحق عليهم احضار واحد

وقد قال ابن أبي ليلى رحمه الله اذا كفل به الثاني برى الاول لان الطالب يصير معرضا عن كفالته حين اشتغل بأخذ كفيل آخر وهذا فاسد فانه يأخذ الكفيل الثاني بقصد زيادة التوثق فلا يصير مبرئا للكفيل الاول ولا منافاة بين الكفالتين فالمستحق على كل واحد منهما الاحضار ولا يبعد ان يكون احضار شئ واحد مستحقا على شخصين واذا كفل رجل بنفس رجل وكفل آخر بنفس الكفيل ثم مات الاول برى الكفيل لان الاصل برى من الحضور فبرأ الكفيل الاول براءة الاصيل والكفيل الاول أصل في حق الكفيل الثاني فبرأ براءة أيضا وان مات الاوسط برى الاخير لان الاوسط أصل في حق الآخر وقد برى بموته وان مات الاخير فالأوسط على كفالته لان براءة الكفيل على ما هو سقوط محض لا يوجب براءة الاصيل كما لو برى الكفيل بالابراء ولو دفع الاول نفسه الى الطالب برى الكفيلان لما بدنا ولو كفل بنفس رجل والطالب غير حاضر فهو باطل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال هو جائز وكذلك الكفالة بالمال اذا لم يكن الطالب حاضرا وفي موضع آخر من هذا الكتاب يقول هو موقوف عند أبي يوسف رحمه الله حتى اذا بلغ الطالب فعله جاز وذكر الطحاوي رحمه الله قول محمد بن قول أبي يوسف رحمهما الله وهو غلط فان كان الصلح الصحيح من مذهب أبي يوسف رحمه الله التوقف فهو مبنى على بيانه في كتاب النكاح وهو ما اذا قال اشهدوا اني تزوجت فلانة وهي غائبة فكما ان هناك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كلام الواحد شطر المقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعند أبي يوسف رحمه الله جعل كلام الواحد كالقيد التام حتى يتوقف على ما وراء المجلس فكذلك هنا لانه لا ضرر على أحد من هذا التوقف وان كان الصحيح من قول أبي يوسف رحمه الله انه جائز في مسألة مبتدأة وجه قوله ان الكفالة التزام من الكفيل من غير ان يكون بمقابلته الزام على غيره والالتزام يتم بالالتزام وحده كالاقرار وهذا لانه تصرف منه في ذمته وله ولاية على ذمته ولا يتعدى ضرره الى الطالب لانه لا يزداد بالكفالة حق الطالب وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا الكفالة تبرع وهو تبرع على الطالب بالالتزام له وانشاء سبب التبرع لا يتم بالتبرع مالم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة وهذا لان التزام الحق بانشاء العقد والعقد لا يتم بالايجاب بدون القبول ولا يمكن جعل ايجابه قائما مقام قبول الآخر لانه لا ولاية له عليه فبقى ايجابه شطر العقد وذلك يبطل بالقيام عن المجلس بخلاف الاقرار فانه

اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالخبر ثم قد يتعدى ضرر هذا الالتزام الى الطالب فان
 على قول بعض العلماء رحمهم الله الكفالة اذا صحت برئ الاصيل فبقى الامر الى الطالب
 ولعل قاضيا يرى ذلك فيحكم ببراءة الاصيل عن حق الطالب وفيه ضرر عليه فلهذا لا تصح
 الكفالة الا بقبوله وعلى هذا لو خاطب فضولي عن الطالب على قولها يتوقف على اجازة
 الطالب وعلى قول أبي يوسف رحمه الله هو جائز قبله الفضولي أو لم يقبله إلا في خصلة واحدة
 وهي ما اذا قال المريض لورثته أو لبعضهم اضمنوا علي ديني فضمنوا فهذا لا يجوز في القياس
 على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان
 الصحيح لو قال هذا لورثته أو لغيرهم لم يصح اذا ضمنوه فكذلك المريض وفي الاستحسان
 يصح لان حق الترماء والورثة يتعلق بتركته بمرضه على أن يتم ذلك بموته وتتوجه المطالبة
 على الورثة بقضاء ديونهم من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب لورثته مقام الطالب أو
 نائبه لانه يقصد به النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته بقضاء الدين من تركته فلهذا يجوز ما استحسننا
 بخلاف ما اذا كان صحيحا فانه لاحق لاحد في ماله ولا مطالبة في شيء من دينه قبل ورثته فلا
 يقوم هو مقام الطالب في الخطاب لم بهذا الضمان واختلف مشايخنا رحمهم الله فيما اذا قال
 المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي دينه بالتماسه فثم من يقول لا يجوز لان الاجنبي غير
 مطالب بقضاء دينه بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سواء ومنهم من يقول
 يصح هذا الضمان لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع به
 في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعله قائما مقام الطالب لضيق الحال عليه بمرض
 الموت ومثل ذلك لا يوجد في الصحيح فأخذنا فيه بالقياس ثم هذا من المريض صحيح وان لم
 يسم الدين ولا صاحب الدين لانه انما يصح بطريق الوصية منه لورثته بأن يقضوا دينه
 ووجوب تنفيذ الوصية على الورثة لحق الموصي والجهالة لا تمنع صحة الوصية واذا كفل رجلا
 برأس رجل أو برقبته أو بوجهه أو بجسده أو ببدنه جاز لان هذا كله يمر به عن جميع البدن
 ولهذا صح إيقاع الطلاق والعتاق به فهذا وكفالاته بنفسه سواء وكذلك لو كفل بروحه
 وهكذا كره في الكتاب خاصة فانه يمر بالروح عن النفس وكذلك لو كفل بنصفه أو بجزئه
 لان النفس واحدة في الكفالة لا تنجزا فان المستحق احضارها واحضار بعض النفس لا
 يتحقق وذو كره جزء مالا يتجزأ كذا كره كره ولو كفل يده أو رجله فهذا باطل لان هذا

اللفظ لا يعبر به عن جميع البدن ولهذا لا يصح إيقاع الطلاق والعتاق به فكذلك الكفالة ولو قال على أن أوفيك به أو ألي أن أوفيك به فهو كفيل لأن الموافات به أحضاره للتسليم وذلك موجب الكفالة وقد التزمه بقوله على أو ألي وكذلك لو قال على أن أوفيك به يعني على أن أحضره وأسلمه إليك إذا التقينا وذلك موجب الكفالة وكذلك لو قال هو على حتى تجتمعا أو تلتقيا لأنه التزام إلى غاية وهو اجتماعهما وذلك موجب الكفالة والتصريح بموجب العقد ينمقده به العقد وإن قال أنا ضامن لمعرفته فهو باطل لأن موجب الكفالة التزام التسليم وهو إنما ضمن المعرفة فهذا بمعنى قوله أنا ضامن لأن أدخلك عليه أو أوقفك عليه بخلاف ما لو قال أنا ضامن بوجهه لأن الوجه إنما يعبر به عن النفس فكانه قال أنا ضامن بنفسه ولو قال أنا ضامن لك أن تجتمعا أو تلتقيا فهو باطل لأن اجتماعهما أو ملاقاتهما فعلهما ولا يكون الإنسان ضامنا لفعل الغير بخلاف قوله هو على حتى تجتمعا أو تلتقيا لأن قوله هو على إشارة إلى نفسه فإنه التزم تسليم نفسه إلى هذه الغاية وذلك التزام منه لفعله دون فعل الغير وإذا كفل وصى الميت غريما للميت بنفسه من رجل فدفعه الكفيل إلى ورثة الميت أو غريم من غرمائه لم يجوز لأنه التزم تسليم النفس إلى الوصى وبالتسليم إلى غيره لا يكون موفيا ما التزمه والمقصود لا يحصل بالتسليم إلى الغرماء وهم لا يتمكنون من إثبات الدين للميت عليه وكذلك الورثة لأن أيديهم لا تنبسط في التركة عند قيام الدين على الميت وإنما الوصى هو الذى يتمكن من إثبات الدين عليه واستيفائه فلماذا لا يبرأ بالتسليم إلى غيره والكفالة جائزة بالنفس فيما بين الأولاد والأزواج والزوجات وفيما بين الأقارب كجوازها بين الاختين بمنزلة سائر المعقود من التبرعات والمعاوضات والكفالة بالنفس أو المال إلى الحصاد والدياس أو إلى الجذاذ أو إلى المهرجان أو إلى النير وزجاجة إلى الأجل الذى سمي لأن ما ذكر من الأجل وإن كان فيه نوع جهالة فهي جهالة مستدركة متقاربة فإن الدياس والحصاد يتقدمان الحروتاخرهما بامتداد البرد فتكون متقاربة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الكفالة لأنها مبنية على التوسع (الأتري) أن الجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة مع أنه هو المقصود بها المعقود عليه فقها ليس بمعقود عليه وهو الأجل أولى وبه فارق البيع فإن الجهالة في المعقود عليه هناك تمنع صحة العقد فكذلك في الأجل المشروط فيه لأنه إذن شرط في نفس العقد ولهذا روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه إذا أجله في الثمن بعد البيع إلى الحصاد أو إلى الدياس يجوز لأنه إذا لم يكن

الاجل مشروطا في العقد لا يصير من العقد ولكن تأثيره في تأخير المطالبة ويجوز تأخير المطالبة الى هذه كما في الكفالة فان قيل ما يقولون فيما اذا تزوج امرأة بصداق مؤجل الى هذا الاجل فان الصداق يحتمل الجهالة المتقاربة ثم لا يصح اشتراط هذه الآجال فيه قلنا جواب هذا الفصل غير مذكور في الكتب وبين مشايخنا رحمهم الله فيه خلاف والاصح عندي أنه ثبتت هذه الآجال في الصداق لانه لا شك ان اشتراط هذه الآجال لا يؤثر في أصل النكاح بخلاف البيع فيبقى هذا أجلا في الدين المستحق بالعقد لان في العقد والمهر تحتمل جهالة الصفة فجهالة الاجل أولى ومن يقول لا يثبت تحول ماهو المعقود عليه في النكاح وهو المرأة لا يحتمل الجهالة فكذلك الاجل المشروط فيه بخلاف الكفالة وكذلك لو قال الكفالة الى العطاء أو الى الرزق أو الى صوم النصارى أو فطرم فهذا كله جائز باجل وان كانت فيه جهالة مستدركة ولو قال الى ان يقدم المكفول به من سفره لان قدوم المكفول به من سفره منتشر لتسليم نفسه الى خصمه والتأجيل الى ان ينتشر التسليم صحيح بخلاف ما لو قال الى قدوم فلان غير المكفول به لان ذلك غير منتشر لتسليم ما التزمه فيكون تعليقاً للكفالة بالشرط المحض وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار أو كلام زيد وهذا لانه انما يحتمل التعليق بما يجوز ان يحلف به كالطلاق والعاق ويعنى بقولنا باطل ان الشرط باطل فاما الكفالة فصحيحة لان الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح ونحوه وعلى هذا لو كفل به الى ان تمطر السماء أو الى ان يمسه السماء فالكفالة جائزة والاجل باطل لان ما ذكره ليس من الآجال المعروفة بين التجار ولان الاجل يذكر الزمان في المستقبل ولا يحصل ذلك بهذا اللفظ لجواز ان يتصل هبوب الريح وامطار السماء بالكفالة فيبقى شرطا فاسدا فلا تبطل به الكفالة فاما ما ذكر من الحصاد والدياس فذكر زمان في المستقبل لا بالعلم اذ زمان الدياس ليس زمان الحصاد فيصح ذلك على وجه التأجيل ولو قال انا كفيل بنفس هذا الى قدوم فلان وذلك معه في الدين عليهما جازت الكفالة الى هذا الاجل لان اشتراط قدومه لينتشر الامر عليه يتمكن الطالب من استيفاء الدين منه فكان هذا وما لو شرط قدوم المكفول بنفسه سواء ولو قال رجل لقوم اشهدوا اني كفيل لفلان بنفس فلان والطالب غائب فقد بينا ان انشاء الكفالة بهذه الصفة لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد ورحمهما الله وسواء أجازاه الطالب أو لم يجزه فان قال الطالب حين حضر قد كنت كفلت لي به قبل ذلك وأنا حاضر وانما كان هذا اللفظ اقرا منك بالكفالة وقال

الكفيل بل انشأت الكفالة بهذا اللفظ فلم يصح فالقول قول الطالب لان صيغة كلامه اقرار ولا نالو حملنا كلامه على الاقرار كان صحيحا ولو حملناه على الانشاء لم يصح وكلام العاقل مهما أمكن حمله على وجه صحيح يحمل عليه وكان الظاهر شاهدا للطالب من هذا الوجه وإذا كفّل رجل بنفس رجل على أنه ان لم يوثق به غدا فهو كفيل بنفس فلان لرجل آخر وللطالب قبله حق فذلك جائز ان لم يواف بالاول كان عليه الثاني وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر فاما على قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله فالكفالة بنفس الاول صحيحة وبفس الثاني باطلة نص على خلاف بعد هذا في الكفالة بالمال والكفالة بالنفس والكفالة بالمال في هذا سواء وجه قول محمد رحمه الله ان هذه مخاطرة لانه علق الكفالة بالشرط وتعليقها لا يجوز كما لو قل ان دخلت الدار فانا كفيل لك بنفس فلان وهذا بخلاف ما لو كفّل بنفسه على انه ان لم يواف به فعليه المال الذي له عليه لان القياس هناك ان لا تصح الكفالة الثانية لكونها مخاطرة وكنا استحسننا للتعامل الجارى بين التجار وهذا ليس في معنى ذلك لان ذلك المال كان سببا للكفالة بالنفس فكان بينهما اتصالا من هذا الوجه فاما الكفالة بنفس عمر وفليست بسبب للكفالة بنفس زيد فلا اتصال بين الكفالتين هنا فوجب اعتبار كل واحدة منهما على حدة والثانية منهما متعلقة بالخطر وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالوا تعليق الكفالة بخاطر عدم الموافاة صحيح كما لو قل ان لم أو افك به غدا فعلى مالك عليه وهذا لان الكفالتين حصلتا لشخص واحد فكان في تصحيح الثانية تأكيد يوجب الاولى لان موجبها الموافاة فاذا علم انه ان لم يواف به لزمته الكفالة الثانية جد في طلبه ليوافق به حتى يدفع عن نفسه ضرر التزام الكفالة الثانية ولو قال أنا كفيل لفلان أو لفلان كان جائزا بدفع أيهما شاء الكفيل الى المكفول له فيبرأ من الكفالة لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة على ما بينته في قوله ما ثبت لك على فلان فهو على ان شاء الله تعالى ثم الكفيل بهذا اللفظ يكون ملتزما تسليم أحدهما الى الطالب لا تحاطمه حرف أو بينهما فيكون الخيار في بيان ما التزمه اليه وأيهما سـ لم قد وفي بما شرط وإذا قال رجل لرجل لفلان على فلان مال فا كفّل له بنفسه فقال قد فمات ثم بلغ الطالب فقال أجرت فانه يجوز لانه عقد جرى بين اثنين ولو كان الملتزم وكيل الطالب كانت الكفالة صحيحة فاذا كان فضوليا توقفت على اجازته فاذا أجاز صار ملتزما وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل قدوم الطالب لانه يدفع اللزوم عن نفسه عند اجازة

الطالب وللعائد هذه الولاية في العقد الموقوف اذا فسخه المشتري قبل اجازة المالك وليس للمخاطب أن يبطل هذه الكفالة قبل اجازة الطالب لانه لا يدفع به عن نفسه شيأ فان عند الاجازة لا يجب على المخاطب شيء بخلاف البائع في البيع الموقوف فانه يجوز فسخه قبل أن يجيزه المالك لانه يدفع به عن نفسه ضرر لزوم المهدة اذا أجازها المالك واذا وكل رجل رجلا أن يأخذه من فلان كفيلا بنفسه فأخذه منه كفيلا بنفسه فان كان الكفيل كفل للوكيل فان الوكيل يأخذه بذلك دون الموكل لانه أضاف العقد الى نفسه بقوله أ كفل لي والتزام الكفيل تسليم نفس المطلوب اليه فعليه الوفاء بما التزم وان كفل به للموكل أخذه الموكل دون الوكيل لان الوكيل أضاف الكفالة الى الموكل وجعل نفسه رسولا من جهته والكفيل التزم تسليم نفسه الى الموكل فان دفعه في الوجهين جميعا الى الموكل فهو برىء من الكفالة أما في الفصل الثاني فلا يشكك وأما في الفصل الاول فالوكيل وان كان هو الذي يطالب للموكل فاذا سلمه الى الموكل فقد وفي الحق المستحق عليه الى مستحقه وهو كالمشتري من الوكيل اذا دفع الثمن الى الموكل واذا ادعى رجل من رجل كفالة بنفس وأراد يمينه فانه يستحلفه لانه يدعى عليه حقا مستحقا لو أقر به لزمه فاذا أنكره يستحلف عليه حتى اذا نكل عن اليمين يقام نكوله مقام اقراره فيؤخذ بذلك فان أخذه به فاستعدى على المكفول به أن يحضر فيبرئه عن الكفالة فان كان المكفول به مقرا بأنه أمره بالكفالة أمر بان يحضر معه لانه هو الذي أدخله في هذه البرطة فعليه اخراجه منها ولا طريق للاخراج سوى أن يحضر معه ليسلمه فان تسليم نفسه لا يتصور بدون نفسه وان قال كفل لي ولم أمره وحلف على ذلك لم يجبر على الحضور معه لانه تبرع بهذا الالتزام ولم يكن مأمورا به من جهة أحد فيقتصر وبال ما التزمه عليه الا أن يقيم البينة انه كفل له بأمره فيثبت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيؤمر بالحضور معه واذا كفل رجل بنفس رجل فمات الطالب فلو صيحه أن يأخذه بها لان الوصى قائم مقام الموصى في حقوقه وكما يطالب الوصى المطلوب بالحق الذي كان عليه للموصى فكذلك يطالب الكفيل وان لم يكن له وصى أخذه الورثة لانهم خلفاؤه يقومون مقامه في حقوقه وأى الورثة أخذه به فله ذلك ولكن يبرأ الكفيل بدفعه اليه من جهته لامن جهة سائر الورثة حتى ان لم أن يطالبوه بالتسليم لان كل واحد منهم يقوم مقام الميت فيما هو من حقه ولا يقوم مقام شركائه في حقوقهم (ألا ترى) أنه لا يقبض من المطلوب الا مقدار

حصته من المال ولو دفع اليه جميع المال لم يبرأ من نصيب سائر الورثة ولو كان على الميت دين يحيط بماله ولم يوص الى أحد فدفعه الوكيل الى غرمائه أو الى الورثة لا يبرأ لان المقصود لا يحصل بالدفع اليهم فان الغرماء لا يتمكنون من الخصومة معه والورثة كالأجانب اذا كانت التركة مستغرة بالدين ولو كان في ماله فضل على الدين وقد أوصى الميت بالثلث فدفع الكفيل المكفول به الى الغرماء أو الى الموصى له لم يبرأ الا أن يدفعه الى الوصى لانه هو القائم مقام الميت للمطالبة بحقوقه حتى يوصل الى كل مستحق حقه فأما الموصى له والورثة فتحق لهم مؤخر عن حق الغرماء والخلالة لكل واحد منهم بقدر حقه فهذا لا يبرأ الا بدفعه الى الوصى ولم يذكر في الكتاب ما اذا دفعه الى الثلاثة جميعا قيل يبرأ بالدفع اليهم لان الحق لهم لا يمدوهم والاصح انه لا يبرأ لان الغرماء لا يتمكنون من الخصومة معه فلا يعتبر دفعه اليهم ولا حق للورثة والموصى له مالم يصل الى الغرماء حقهم فاذا أدى الورثة الدين والوصية جاز الدفع الى الورثة وبرئ الكفيل من كفالته لان المانع من صحة الدفع اليهم قيام حق الموصى له والغريم وقد زال ذلك بوصول حقهم اليهم فبقي الحق للورثة فلماذا جاز دفعه اليهم واذا كفل رجل لرجلين بنفس رجل ثم دفعه الى أحدهما برئ من كفالة هذا وكان الآخر ان يأخذه لانه التزم تسليمه اليهما واحدهما ليس بنائب عن الآخر في استيفاء حقه فلا يبرأ عن حقه بالتسليم الى الآخر ولكن في حق من سلم اليه المقصود لم يحصل بهذا التسليم لانه يتمكن من خصومته وأبات حقه عليه وكذلك وصيان لميت كفلا رجلا بنفسه للميت عليه دين فدفعه الكفيل الى أحد الوصيين برئ منه وكان للآخر أن يأخذه به سواء كانت الكفالة في صفقة واحدة أو في صفقتين لان كل واحد منهما ينفرد بالخصومة فيحصل المقصود بالتسليم اليه فلماذا برئ من حقه والله أعلم

باب الكفالة بالنفس فان لم يواف به فعليه المال

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مال فكفل رجل بنفس المطلوب فان لم يواف به الى وقت كذا فعليه ماله عليه وهو كذا ففضي الاجل قبل ان يوافيه به فالمال لازم له عندنا استحسانا وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول لا يلزمه المال وهو القياس لانه علق التزام المال بالخطر وتعلق التزام المال بالخطر باطل كالأقرار لانه انما يعلق بالخطر ما يجوز ان يحلف به ولهذا لا يجوز تعليق الكفالة بسائر الشروط فكذلك بخاطر عدم الموافقة والاستحسان

وجهان أحدهما انه يحمل على التقديم والتأخير فيجعل كأنه كفل بالمال في الحال ثم علق البراءة على الكفالة بالموافاة بنفسه والموافاة تصلح سبباً للبراءة عما التزمه بالكفالة والتقديم والتأخير في الكلام صحيح فاذا أمكن في هذا الوجه تصحيح كلامه حمل عليه وللتحرز عن الغاية والثاني ان هذا متعارف فيما بين الناس فان رغبة الناس في الكفالة بالنفس أكثر منه بالكفالة بالمال فلطالب ان يرضي بأن يكفل بنفسه على أنه ان لم يواف به يكون كفيلاً بالمال حينئذ وفيه يحصل مقصوده فانه يجد في طلبه ليسلمه الى خصمه فيتمكن من استيفاء الحق منه وان لم يفعل يصير كفيلاً بالمال فقد بينا ان سبب كفالاته بالنفس هو المال الذي ادعاه قبله ويكون للحقين اتصال من هذا الوجه فاذا عين الكفالة بأحدهما وآخر الكفالة الثانية الى وقت عدم الموافاة كان صحيحاً واذا لم يواف بنفسه حتى لزمه المال لا يبرأ من الكفالة بالنفس لانه لا منافاة بين الكفالتين (ألا ترى) انه لو كفل بهما معا كان صحيحاً وبعد ما صحت الكفالة بالنفس لا يستفيد البراءة عنها إلا بالموافاة بالنفس ولم يوجد ذلك وكذلك ان كان قال فعلي مالك عليه ولم يسم كم هو جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة فانها مبنية على التوسع مع ان عين الجهالة لا تؤثر في المقد وانما المؤثر جهالة تقضي الى المنازعة (ألا ترى) ان بيع القفيز من الصبرة جائز فان جهالة القفيز لا تقتضي المنازعة وهنا الجهالة لا تقضي الى المنازعة لان الحق الذي له عليه معلوم في نفسه وان لم يكن معلوماً فاعلامه بطريق ممكن فهذا صحت الكفالة (ألا ترى) أنه لو قال كفلت لك ما أدركك في هذه الجارية التي اشتريت من درك كان جائزاً وأصل لحوق الدرك وقد رما يلحقه فيه من الدرك مجهول وقد اعتاد الناس الكفالة بهذه الصفة وكذلك لو قال كفلت لك بما أصابك من هذه الشجرة التي شجك فلان وهي خطأ كان جائزاً بلغت النفس أو لم تبلغ ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول لانه لا يدري قدر ما يبقى من الشجرة وانه هل يسرى الى النفس أولاً يسرى فدل ان مثل هذه الجهالة لا تمنع الكفالة وكذلك لو قال كفلت بالمال الذي لك عليه ان وافيتك به غدا فان برئ منه كان جائزاً عن المال اذا أسلم نفسه اليه في الغد لان ابراء الكفيل اسقاط محض والاسقاط بالتعلق بالشرط كالطلاق والعتاق ولان الموافاة بنفسه ممكنة للطالب من الوصول الى حقه فيجعل ذلك قائماً مقام وصول حق الطالب اليه في ابراء الكفيل ولكن هذه الاقامة تكون عند الشرط فلا تثبت بدون الشرط واذا كفل رجل رجلاً وقال ان لم أوافك به غدا فعلى ألف درهم ولم يقل

التي لك فضي الند ولم يواف به وفلان ينكر ان يكون عليه شيء والطالب يدعى عليه ألف درهم والكفيل ينكر ان يكون له عليه شيء فالل مال لازم على الكفيل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وفي قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله لا شيء عليه لان بمجرد دعوى الطالب لا يثبت المال على واحد منهما فكانت هذه رشوة التزامها الكفيل له عند عدم الموافقة والرشوة حرام ولو جعلناه كأنه قال فلي الالف التي لك عليه لزمه المال ولو جعلناه كأنه قال فلك على ألف درهم ابتداء من جهتي لم يلزمه شيء والمال لا يجب بالشك لعلنا ببراءة ذمته في الاصل وتوهم الشك في اشتغالها وحجتها ما بينا ان الصحة مقصود كل متكلم فهما أمكن حمل كلامه على وجه صحيح يجب حمله عليه ولو حملناه على الالتزام بطريق الرشوة لم يصح ولو حملناه على الالتزام بطريق الكفالة عن فلان كان صحيحا فلي مالك عليه وهو ألف درهم موجب حمله على هذا الوجه (ألا ترى) أن من قال لغيره لك على ألف درهم حمل كلامه على الاقرار فيصح ولا يحمل على الالتزام ابتداء لانه اذا حمل عليه لم يصح * توضيحه ان أول كلامه كفالة صحيحة عن فلان والاصل أن ما مبناه على كلام صحيح يكون صحيحا على ما بينا هذا في الفرق بين الوجه واليدان شاء الله تعالى واذا حملنا آخر كلامه على الكفالة كان ذلك اقرارا منه بوجوب المال على فلان واقاراره صحيح في حق نفسه فلا ينفعه الانكار بعد ذلك ولو ادعى الطالب المال وجهد المطلوب وكفل رجل بنفسه فان لم يواف به غدا فمليه الذي ادعى على المطلوب فلو مضى الند ولم يواف به لزم الكفيل المال عندهم جميعا لانه صرح بالالتزام بطريق الكفالة عن فلان وذلك اقرار بوجوب المال على فلان لان الكفالة لا تصح الا به واقاراره حجة على نفسه فاذا أداه رجع به على المطلوب ان كان أمره أن يكفل عنه بالمال وان لم يأمره بذلك وأمره أن يكفل بالنفس لم يرجع عليه بالمال لانه متبرع بالكفالة بالمال وهذا عندنا وقال مالك رحمه الله الكفيل بالمال اذا أدى يرجع على الاصيل سواء أمره بالكفالة عنه أو لم يأمره لان الطالب بالاستيفاء منه يصير كالمملك لذلك المال من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل ولكننا نقول عليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل بأمره بنفس الكفالة يجب المال للطالب على الكفيل كما يجب للكفيل على الاصيل ولكن يؤخر الى أدائه وهذا لا يكون عند كفالاته بغير أمره والثاني أن عند الكفالة بالأمر يحمل اصل المال كالثابت في ذمة الكفيل عند الاداء يتملكه بالاداء وذلك يصح

عند وجود الرضا من الطالب والمطلوب وإذا كانت الكفالة بغير أمره لا يمكن إثبات أصل المال في ذمته حتى يملكه بالاداء لانعدام الرضا من المطلوب بذلك فلماذا لا يرجع عليه قال وكذلك لو كان المطلوب عبدا تاجرا لانه تبرع عليه والعبد في التبرع عليه كالحر ولو كفل بنفس المطلوب على أن يوافيه به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التي له عليه فلوسأله الرجل أن يدفعه اليه فدفعه اليه مكانه فهو برىء من المال لان شرط التزام المال عدم الموافاة حين يطلبه منه فاذا وافاه به في المجلس الذي طلب منه فقد انعدم شرط وجوب المال وان لم يدفعه اليه فقد تقرر شرط وجوب المال فيلزمه وكذلك ان قال ائتنى به العشاء أو الغداء فلم يوافه به على ما قال فالمال لازم عليه لوجود شرطه وان قال الطالب ائتنى به غدوة وقال الكفيل آتيك به بعد غدوة فأبى الطالب أن يفعل فلم يواف به الكفيل غدوة فالمال عليه لان الكفيل استمهله وله أن يأبى الامهال فاذا أباه بطل ذلك الاستمهال فيبقى عدم الوفاء الى الوقت الذي طلب منه فيلزمه المال وان أخره الطالب الى بعد غد كما قال فقد أجابه الى ما النفس من الامهال وصار في التقدير كأنه أمره بالموافاة بعد غد فاذا أوفاه به فقد برىء عن المال وان مضى بعد غد ولم يوافه به فعليه المال وان كان شرط أن يوافيه به عند مكان القاضي فدفعه اليه في السوق أو الكناسة فهو برىء من المال لانه أتاه بالموافاة المستحقة عليه فان التقيد بمكان القاضي غير معتبر لان المقصود أن يتوصل الى الخصومة معه وذلك حاصل بالتسليم في المصر وقد بينا هذه الفصول في الباب المتقدم وان شرط عليه أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضي أو شرط عليه عند القاضي فدفعه اليه عند الامير أو شرط له عند القاضي فاستعمل قاض غيره فدفعه اليه عنده فهو برىء لانه ليس المقصود بهذا التقيد عين القاضي والامير وانما المقصود تمكنه من اثبات الحق عليه بالحجة والاستيفاء منه بقوة الوالي وفي هذا المقصود الامير والقاضي الاول والثاني سواء وقد بينا أن ما لا يكون مفيدا من التقيد لا يعتبر ولو كفل بوجهه على انه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو الالف درهم فهو جائز على ما شرط ولو كفل بيده أو برجله على هذا الشرط كان باطلا لا يلزمه المال فيه والفرق بينهما أن الكفالة الثابتة بالمال مبنية على الكفالة الأولى بالنفس والكفالة بالنفس بالاضافة الى الوجه تصح فاذا صح ما هو الاصل صح ما جعل بناء عليه لمعنى وهو ان الكفالة بالمال لا يمكن اثباتها بهذه الصفة مقصودا لانه علقها بالشرط وتعليق الكفالة بالشرط لا يصح وانما

يصحها اعتبار التبعة للكفالة الاولى وثبوت التبعية بثبوت المتبوع ففي الفصل الاول لما صح المتبوع صح التبعية وفي الفصل الثاني لم يصح المتبوع فلا يمكن تصحيحه التبعية ولا يمكن تصحيح الكفالة بالمال مقصودا بهذه الصفة فتعيزت جهة البطالان فيه واذا كفّل رجل بنفس رجل فان لم يوافقه به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو ألف درهم على الكفيل فهو جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر وفي قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله الاول الكفالة بالمال باطلة (وهذه الفصول أحدها) أن يكون الطالب والمطلوب واحدا في الكفالتين فتجوز الكفالتان استحسانا كما بينا (والثاني) أن يكون الطالب مختلفا فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا أو اثنين نحو أن يكفل بنفس رجل على أنه أن لم يواف به غدا فالمال الذي لرجل آخر على هذا المطلوب على الكفيل أو المال الذي لرجل آخر سوى الطالب على رجل آخر سوى المطلوب على الكفيل فهذا باطل بالاتفاق لأن عند اختلاف الطالب الكفالة الثانية لا تكون تابعة للكفالة الاولى ولا يكون تصحيحهما مقصودا لأنه تمليق للالتزام بالشروط ولأننا عند اتحاد الطالب والمطلوب صححنا الكفالة الثانية جملا لكلامه على معنى التقديم والتأخير ولا يتأتى ذلك عند اختلاف الطالب فاما اذا كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو على الخلاف كما بينا فحمد رحمه الله يقول الكفالة الثانية هنا لا يمكن تصحيحها تبعا للكفالة الاولى لأن الكفالة الاولى بنفس غير نفس المطلوب بالمال ولا يمكن أن تجعل الموافقة بنفسه مبرئة له عما التزمه عن آخر فبقيت هذه كفالة مقصودة متعلقة بالشروط وهي مخاطرة فلا يصح كما قال في الفصل الثاني وكذلك لا يمكن تصحيح الكفالة هنا بحمل كلامه على التقديم والتأخير بخلاف ما اذا اتحد المطلوب فاما أبو يوسف رحمه الله فانه يقول الكفالة الثانية هنا توفى بحق من وقعت الكفالة الاولى له فيصح كما اذا اتحد المطلوب وهذا لأن الكفالة انما تقع للطالب حتى يحتاج اليه قبول الطالب واذا كان الطالب واحدا أمكن جعل الكفالتين في المعنى كفالة واحدة واتباع الثانية للاولى فيحكم بصحتها بخلاف ما اذا اختلف الطالب ولو قال فان لم أو افك به فالمال الذي لك عليه وهو مائة درهم والمال الذي لك على فلان وهو عشرة دنانير على فان ذلك كله عليه عند عدم الموافقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله عليه المال الذي كان على المطلوب دون الذي على غيره اعتبار الحالة لجمع بينهما بحال افراد كل واحد منهما واستشهد لهما بما لو كان عليهما مال واحد

وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكفل بنفس أحدهما على أنه ان لم يواف به غدا فالمال الذي على فلان وهو كذا على ان لم أواف به ان ذلك عليه وعذر محمد رحمه الله واضح لان المال هنا واحد سواء اضافه الى المكفول بنفسه أو الى صاحبه ولو كفل بنفس رجل للطالب عليه مال فلزم الطالب التكفيل فأخذ منه كفيلا بنفسه على أنه ان لم يواف به فالمال الذي له على فلان المكفول به الاول عليه فهو جائز وهذا عندهم جميعا وعذر محمد رحمه الله ان الكفالة بالنفس هنا باعتبار ذلك المال (ألا ترى) ان المطلوب اذا برىء من ذلك المال برىء التكفيل الاول والثاني فامكن تصحيح الكفالة بالمال تبعا للكفالة بالنفس واذا كفل رجل بنفس رجل أو بما عليه وهو مائة درهم كان جائزا لانه ردد الالتزام بين شيئين وقد ذكرنا ان مثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الالتزام بحكم الكفالة والخيار الى التكفيل وأيهما سلم المال أو النفس برىء لان حرف أو للتخير وعزيمة الكلام في أحدهما واذا كفل بنفس فلان أو بما عليه أو بنفس فلان آخر أو بما عليه فهو جائز وأي ذلك دفع التكفيل فهو برىء لان الجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة عند عدم التنصيص فعند التنصيص عليه أولى وأي ذلك دفع فقد وفي بما لزمه ولو ادعى رجل قبل رجل ألف درهم فأنكرها ثم قال ان لم أوافك به غدا فهو على فان لم يوافه به غدا لا يلزمه شيء لانه تعلق للالتزام بالخطر بمنزلة قوله ان دخلت دارك فهو على وهذا بخلاف ما لو كفل رجل بنفس جاحد وقال ان لم أوافك به غدا فالذى تدعى عليه لك على لان الكفالة بالنفس والمال جائزة ويلزم التكفيل للمال ان لم يواف لانه جعل التزام المال تبعا للكفالة بالنفس وقد صحت الكفالة بالنفس فكذلك بالمال وحقيقة المعنى في الفرق انه ليس من شرط توجه المطالبة على التكفيل وجوب أصل المال في ذمته على ما بينا أن موجب الكفالة المطالبة بما هو في ذمة غيره وهو لما قدم على الكفالة صار كالمقر بوجوب المال في ذمة المطلوب واقتراره بذلك ملزم اياه وان لم يثبت المال له في ذمة المطلوب بخلاف المطلوب اذا علق الالتزام بعدم موافاته لانه لا يمكن توجه المطالبة عليه الا بعد وجوب المال في ذمته ولم يوجد منه الاقرار بوجوب المال عليه صريحا ولا دلالة فكانت هذه مخاطرة حتى لو كان المطلوب أمرا التكفيل بالكفالة بهذا الشرط يجب المال به على المطلوب كما يجب على التكفيل ولو كفل رجلا بنفسه فان لم يواف به غدا فالألف درهم التي لك عليه على فلان آخر سوى التكفيل بالنفس واقترار التكفيل بالمال بذلك فهو جائز على هذا الشرط لان معنى الاستحسان الذي

ذكرنا في الفصل الاول اذا اُضاف الكفالة بالمال الى نفسه يأتي هنا أيضا وهو أن يحمل كلامه على التقديم والتأخير ويحمل كان أحدهما كفيل بنفس المطلوب والآخر بالمال بشرط أن الكفيل بنفسه ان وفي بالنفس برى الكفيلان جميعا فايهما صرح بهذا كان جائزا مستقيما لان عند الموافقة بالنفس الطالب يستغنى عن الكفالتين فلذا تميزت البراءة عن الكفالتين بسبب بعينه عنهما ولا فرق في ذلك بين أن يكون الكفيل رجلا أو رجلين واذا كفل رجل بنفس رجل فان لم يواف به غدا فعليه المال الذي عليه وهو الالف فلم يواف به الكفيل ولكن الرجل لقي الطالب وخصمه ولا زمه في المسجد حتى الليل فالمال لازم للكفيل لوجود شرطه وهو عدم موافاة الكفيل به وقد بينا أنهما وان تلاقيا لا يبرأ الكفيل به عن الكفالة بالنفس بخلاف ما اذا وافاه به فكذلك في وجوب المال وهذا لان تسليم المطلوب نفسه الى الطالب أنواع قد يكون عما هو مستحق عليه وقد يكون من جهة الكفالة فلا تتعين جهة الكفالة في تسليمه الا بالتخصيص لان الاصل في تسليمه انه عما هو مستحق عليه فان الكفالة بناء على ذلك الاستحقاق الا أن يكون المطلوب قال قد دفعت نفسى اليك عن كفالة فلان حينئذ يصح ذلك منه لانه مطلوب بذلك من جهة الكفيل فيصح تعيينه لتلك الجهة ليستقط به مطالبة الكفيل عن نفسه واذا صح ذلك كان هذا وموافاة الكفيل به سواء فيبرأ من المال (ألا ترى) أنه لو بعت به مع رسوله الى الطالب كان ذلك موافاة منه حتى يبرئه من المال ولو كفل رجل بنفس الكفيل على انه ان لم يواف به غدا فالمال الذي كفل عن فلان وهو ألف عليه فواف الكفيل الاول بالمطلوب ودفعه اليه في البند فالكفيلان بريئان من الكفالة بالمال أما الكفيل الاول فلو جرد الموافاة منه وأما الكفيل الثاني فلان الكفيل الاول في حقه أصيل وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وان لم يواف به الاول ولا الثاني وواف الكفيل الاول في النقد فان الكفيل الثاني يبرأ لوجود شرط البراءة في حقه وهو الموافاة بنفس الكفيل الاول في الوقت الذي اشترطه والتزم المال الكفيل الاول لوجود شرطه وهو عدم الموافاة بنفس المطلوب ولو كفل بنفس رجل فان لم يواف به الى شهر فالمال الذي عليه وهو مائة عليه ثم لقي الطالب به المكفول قبل الاجل فأخذ منه كفيلا آخر بنفسه وبالمال بهذا الشرط أيضا فواف به أحدهما في الاجل فان الذي وافى به برىء من المال والنفس ولا يبرأ الآخر لان كل واحد منهما التزم تسليم النفس بمقد على حدة فوافاته به تكون تسليما عن نفسه لا عن غيره فيجب المال على

الآخر لوجود شرطه وهو انعدام الموافقة بالنفس منه وان قال الكفيل الذى وافى به قد دفعته عن نفسى وعن فلان فانه يكون عن نفسه ولا يكون عن فلان لان التسليم الواحد لا يكون عن جبهتين ولانه متبرع فى التسليم عن فلان لان ذلك الالتزام غير متعلق به أصلا فهو فى ذلك كاجنبى آخر فلا يصح تسليمه عن فلان الا أن يقبله الطالب فاذا قبله على ذلك برثا جميعا ويصير كأنه سلم مرة عن نفسه ومرة عن فلان فان الاستدامة على ما يستدام بمنزلة الانشاء وعلى هذا لو جاء رجل ليس بكفيل فقال قد دفعته اليك عن فلان لم يرأ واحد منهما الا أن يقبله الطالب عنهما ولو قال المكفول به قد دفعت نفسى اليك عن فلان وفلان برثا جميعا من الكفالتين ولا يشترط قبول الطالب هنا لان الطالب مطالب من جهة كل واحد من الكفيلين بتسليم النفس اليه لتسليمه الى الطالب فلا يكون هو متبرعا فى هذا التسليم فلا يشترط فيه قبول الطالب بخلاف الأجنبى * وتوضيح هذا الكلام لو كان المكفول به قاعدا مع الطالب يحذنه فقال رجل للطالب قد دفعت اليك هذا عن فلان فسكت الطالب أو قال لأم يرأ الكفيل وان قال الطالب نعم قد قبلت فالكفيل برىء لان المسلم ليس بخصم عنه فكان متبرعا فلا تقع البراءة للكفيل الا بقبول الطالب ولو كان المتكلم بذلك وكيل الكفيل برىء الكفيل لان وكيله قائم مقامه فصار تسليم النفس كتسليم المال فى حكم البراءة ولو ان أجنبيا أدى المال عن المطلوب لم يرأ المطلوب الا بقبول الطالب بخلاف ما اذا كان المؤدى وكيل المطلوب أو المطلوب نفسه فكذلك البراءة عن الكفالة بالنفس ولو كفل ثلاثة رهط بنفس رجل فان لم يوافوا به يوم كذا فليهم المال الذى عليه وهو ألف درهم فلم يوافوا به فعلى كل واحد منهم ثلث الالف كما لو أرسلوا الكفالة بالمال والمعنى فيه أنه التزام للمال أو للمطالبة فاذا أضيف الى جماعة يتوزع على عددهم كالاقرار ولو قال ثلاثة نفر لرجل لك علينا ألف درهم يجب على كل واحد منهم ثلث الالف فان وافى به أحدهم فى ذلك اليوم فهم جميعا برآء من المال والنفس لانهم التزموا تسليم النفس بمقد واحد فوافاة أحدهم به كوافاتهم جميعا وكذلك ان كان قال فليهم الالف التى عليه وبمضهم كيفل عن بمض بها فوافى به أحدهم برثوا جميعا وهذا أظهر وان لم يوافوا به لزمهم المال وللطالب ان يأخذ أيهم شاء بجميع المال لان كل واحد منهم التزم عن الاصيل ثلث المال وكل واحد عن صاحبه كفيل بالثلث الذى التزمه أيضا فان أدى أحدهم جميع المال رجع كل واحد على صاحبه بثلثه ان شاء

لانه كفيل عن كل واحد منهم بثلث المال وأدى ثلثه ويرجعون جميعا على صاحب الاصل
بالمال وان شاء المؤدى رجع على أحد صاحبيه بالنصف لانه يقول أنت مساو لي في هذه
الكفالة وقد أدت المال فارجع عليك بنصفه للمستوى في القيام بالكفالة كما استويننا في
الكفالة فان قيل كيف يرجع عليه بالنصف وهو انما كفيل عنه الثلث قلنا نعم ولكن الثلث
الذى على الثالث المؤدى وهذا الآخر يستويان في الكفالة عنه بذلك فكان له ان يقول
نصف ذلك الثلث أدته بحكم الكفالة عنك لانك كفيل معى عنه بذلك وبعضنا كفيل
عن بعض فلماذا رجع عليه بنصفه فاذا افعل ذلك ثم لقيا الثالث رجعا عليه بثلث المال ليستوا
في عدد الكفالة ثم اذا لقوا المطلوب رجعوا عليه بجميع المال ولو كفيل بنفس رجل على انه
ان لم يواف به غدا فعليه ألف درهم التي له عليه فلم يواف به في الغد وقال الطالب وصاني
الالف وأدته الفأ أخرى أو قال لم يكن لي عليه يومئذ شئ ولكن أدته ألفا قبل حلول الاجل
لم يلزم الكفيل من ذلك شئ لانه انما كفيل المال الواجب عليه عند الكفالة بالنفس لا عند
عدم الموافقة وذلك المال قد سقط أو تبين انه لم يكن واجبا باقرار الطالب وما وجب بعد
ذلك لم يتناوله عقسد الكفالة فلا يطالب الكفيل بشئ منه ولو قال ان لم يواف به فعليه المائة
درهم التي له عليه وما باعه من شئ ما يئنه وبين ان يمضى هذا الاجل لزمه على ما قال
لان الكفالة هنا كما تناول الواجب عند الكفالة بالنفس تتناول ما يجب بمدتها قبل الاجل
وكل واحد منهما صحيح لانه أضاف الالتزام بالكفالة الى سبب وجوب المال وهو المباينة
فما كان قائما من المال عند عدم الموافقة يصير الكفيل به كغيبابه ولو كفيل بنفس رجل وان
لم يواف به الى كذا من الاجل فعليه المال الذى عليه وهو مائة درهم فمات المكفول به قبل
الاجل ثم مضى الاجل فالمال على الكفيل لان شرط الوجوب عدم الموافقة وذلك يتحقق
بعد موت المكفول به وان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة مستحقة وذلك لا يكون
بعد موت المكفول به لان الكفالة بالنفس تبطل بالموت فيذهب ان لا يلزمه المال وهو كما
قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا قال ان لم أشرب الماء الذى في هذا الكوز اليوم فامرأته
كذا فأهريق الماء قبل الليل لا يقع الطلاق لان الشرط عدم شرب يتأنى أو يكون مستحقا
باليمن في آخر النهار ولا يتحقق ذلك اذا هريق والجواب عنه ان نقول هما جملا عدم الموافقة
شرط وجوب المال فالتقييد بموافاة مستحقة يكون زيادة ثم حقيقة المعنى وبه يتضح الفرق

ان تصحيح الكفالة بالمال هنا بطريق التقديم والتأخير وهو انه يجعل كانه كفيل بالمال للحال ثم علق التركة عنه بالموافاة بالنفس والموافاة بالنفس لا توجد بالموت فيبقى المال واجبا بالكفالة ولا حاجة الى هذا التقديم والتأخير في اليمين بالطلاق لان الطلاق يحتل التعليق بالشرط وبعد الوقوع لا يحتل الرفع فلماذا اقرقا وان مات الكفيل قبل حلول الاجل فان مضى الاجل قبل أن يوافي ورثة الكفيل الطالب بالرجل فالمال دين في مال الكفيل لان شرط البراءة الموافاة بالنفس ولم توجد ثم يضرب الطالب مع سائر غرمائه في تركته لان حق الطالب قبله في حكم دين الصحة في الوجه قلنا انه يجعل كانه كفيل بالمال في الحال وعند الكفالة كان صحيحا فلماذا كان حق الطالب بمنزلة غرماء الصحة يضرب معهم في تركته وان دفعوه اليه في الاجل أو دفع المكفول به نفسه برئ الكفيل من المال والكفالة لان موافاة الوارث بنفسه كموافاة المورث في حياته وكذلك دفع المكفول به نفسه من جهة الكفالة بمنزلة دفع الكفيل فقد وجد شرط البراءة عن المال وهو الموافاة بالنفس وان لحق الكفيل بدار الحرب مرتدا فهو بمنزلة موته في أن تسليم الورثة يقوم مقام تسليمه في براءة الكفيل لانهم يخلفونه في أمواله بهذا السبب كما يخلفونه بعد موته وان لحق المكفول به بدار الحرب فان مضى الاجل قبل أن يوافي به فالمال لازم للكفيل لان شرط البراءة عن المال الموافاة بالنفس ولم توجد وأكثر ما فيه أن يكون لحوقه كموته وقد بينا أن المال بعد موته يجب علي الكفيل عند عدم الموافاة فهذا مثله ولو كان المكفول به امرأة فارتدت ولحق بالداروسيت فوافي بها وهي أمة في الاجل برئ الكفيل من الكفالة والمال لان شرط البراءة وهو الموافاة في الاجل قد وجد والموافاة تحقق بعد ما صارت أمة ولانها حين سبت سقط الدين عنها وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك لو كان المكفول به رجلا فوافي به وهو حلال الدم بردة أو قتل عمدا لان الموافاة بعد حل دمه تحقق كما تحقق قبله ولومات الطالب فوافي به الكفيل وصيه برئ من المال والكفالة لان وصيه قائم مقامه بعد موته فتسليم النفس اليه كالتسليم الى الموصي فلماذا يستفيد به البراءة وان لم يكن له وصي فوافي به ورثته فان كان عليه دين يستغرق ماله لم يبرأ بتسليمه الى الورثة لانهم لا يملكون شيئا من تركته مع الدين المستغرق فالتسليم اليهم في هذه الحال بمنزلة التسليم اليهم قبل موته وهذا لان المقصود لا يحصل بالتسليم اليهم فانهم لا يتمكنون من مطالبة بالمال فأما اذا لم يكن

عليه دين فيبراً بتسليمه الى جميع الورثة لانهم خلفاؤه في التركة فيتمكنون من مطالبته بالمال فتسليمه اليهم بمنزلة تسليمه الى الطالب في حياته ولو وافى به أحدهم برئ من الكفالة لهذا الواحد ولم يبرأ من غيره لما بينا أن حق المطالبة والاستيفاء اليه في نصيبه دون نصيب سائر الورثة فقد برئ بالتسليم اليه في نصيبه دون نصيب غيره ولو كفل بنفس رجل لرجلين فان وافاهما به فكذا والا فعليه ما لهما عليه فلو وافى به أحدهما والاخر غائب برئ من كفالة الشاهد لو جود شرط البراءة في حقه وهو الموافقة بالنفس ولزمه نصيب الغائب من المال لانعدام شرط البراءة في حقه فان شريكه لم يكن نائباً عنه في المطالبة بحقه ثم ما أخذه الغائب من الكفيل يكون بينه وبين شريكه لان أصل المال كان مشتركاً بينهما فاستيفاء أحدهما نصيبه من الكفيل بمنزلة استيفائه من الاصيل فكان له أن يشاركه في المقبوض ولو ماتا جميعاً كان ورثتهما على ما كانا عليه حتى اذا سلمه الى ورثة أحدهما برئ في نصيبه دون نصيب الآخر اقامة لكل وارث مقام مورثه ولو كان الطالب واحداً فتغيب عند حل الاجل فطلبه الكفيل وأشهد على طلبه ولم يدفع اليه الرجل فالمال لازم للكفيل لان شرط البراءة عن المال تسليم النفس الى الطالب ولم يوجد ذلك وان طلبه ليسلمه فيبقى المال عليه فان قيل انما تغيب قصداً منه الى الاضرار بالكفيل فيبقى الى ان يرد عليه قصده ويقام هذا مقام تسليمه لان الكفيل أنى بما في وسعه قلنا الكفيل هو الذي أضر بنفسه بكفالاته بالمال وقد بينا أن وجوب المال عليه بالكفالة لانعدام الموافقة ولكن الموافقة بنفسه مبرئة له عن المال فاذا انعدم ذلك بقي المال عليه بكفالاته لا بتغيب الطالب وكذلك لو كان اشترط عليه مكاناً فوافى به ذلك المكان وتغيب الطالب لان المبرئ له تسليم نفسه الى الطالب دون احضاره ذلك ولا يتصور تسليمه الى الطالب وهو غائب فوجود احضاره ذلك المكان كعدمه وان كان الكفيل اشترط في الكفالة انه برئ منه ان وافى به المسجد الاعظم وأشهد عليه يوم كذا فوافى به المسجد يومئذ وأشهد وغاب الطالب فقد برئ الكفيل من الكفالة بالنفس والمال لانه جعل شرط برأته احضاره للمسجد في ذلك الوقت وقد وجد ذلك فيبراً من الكفالة بالنفس والمال جميعاً وكذا في الكفالة بالنفس وحدها وهذا لان ابراء الكفيل اسقاط محض ولهذا لا يرد برده فيصح تعليقه بحضور المكان في وقت معلوم كالطلاق والعتاق واذا صح التعليق فالمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمعجز ولو كفل بنفسه الى غد في المسجد فعليه المائة الدرهم التي

له عليه ولو اشترط الكفيل على الطالب ان لم يوافي غدا عند المسجد ليقبضه منى فانا برى منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت به وقال الطالب قد وافيت ولم تواف لم يصدق كل واحد منهما على الموافاة لان كل واحد منهما يدع موافاته وخصمه يكذبه في ذلك فلا تثبت موافاة بدعوى كل في حق صاحبه وكان الكفيل على كفالاته والمال لازم لما بينا انه ملتزم للمال بنفس الكفالة وجعل شرط براءته موافاته ولم يثبت ذلك بقوله فلا يبرأ منه ولو جعل شرط البراءة عدم موافاة الطالب ليقبضه منه ولم يثبت هذا الشرط بقوله لم تواف أنت بل يحمل القول قول الطالب مع يمينه على ما عرف أن الشرط سواء كان نفيا أو اثباتا لا يثبت الا بحجة والقول قول من ينكر وجود الشرط فان أقام كل واحد منهما البينة على الموافاة الى المسجد ولم تشهد على دفع الكفيل اليه فان المال لا يلزم الكفيل لانه قد أثبت بالبينة شرط براءته عن المال وهو عدم موافاة الطالب ليقبضه منه فيبرأ من المال ولكن الكفالة بالنفس على حالها لان براءته عن الكفالة بالنفس بتسليمه الي الطالب ولم يوجد ولان البينتين قد تحققت المعارضة بينهما فامتنع القضاء بما كان متقرا وهو وجوب تسليم النفس بحكم الكفالة والعمل بهما ممكن في البراءة على المال لان الكفيل يثبت شرط البراءة بيته والاخر ينفي فيتراجع الاثبات وان أقام المطلوب البينة على موافاة المسجد ولم يقم الطالب البينة برى الكفيل من كفالة النفس والمال جميعا لان الطالب غير مصدق على الموافاة والكفيل أثبت بيئته موافاته المسجد فوجب قبول بيئته على ذلك واذا قبلنا بيئته صار الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيثبت شرط البراءة عن المال والنفس جميعا ولو كفل بنفسه على ان يدفعه اليه غدا فان لم يفعل فالمال عليه ولو اشترط الكفيل عليه ان لم يوافي فتقبضه منى فانا برى من الكفالة والمال فلم يلتقيا من الغد فالكفيل برى والقول قول الكفيل ان الطالب لم يواف مع يمينه وعلى الطالب البينة بخلاف ما تقدم لان هناك موافاة المكان مشروطة على الطالب والكفيل جميعا وموافاة الكفيل لا تثبت بقوله لانه يدعى وجود فعل كان مشروطا فلا يصدق عليه الا بحجة ولهذا لو أقام البينة على الموافاة بنفسه برى لان موافاته المكان مشروطة عليه فتثبت بيئته فاما في الفصل الاول فالموافاة غير مشروطة على الكفيل وانما هي مشروطة على الطالب وان يأتى ليقبضه منه ولم يأت فقد وجد شرط براءة الكفيل عن المال فلهذا كان بريئا وحاصل الفرق بين هذه الفصول بحرف وهو ان من ينكر فعل غيره فالتقول قوله في ذلك لانه متمسك

بالاصل ومن يدعي فعل نفسه لا يقبل قوله الا بحجة لانه يدعي أمرا عارضا ولو كفل بنفسه رجل على أنه ان لم يواف به غدا فعليه مالم يطلب عليه من شيء فلم يواف به النقد وقال الكفيل لا شيء لك عليه فالقول قوله مع يمينه على علمه لانه التزم مالا موصوفا وهو ان يكون واجبا على الاصيل فلما لم يثبت الوجوب على الاصيل لا يصير هو ملتزما كما لو قال ما قضى به لك عليه فهو على فإلم يصير المال مقضيا به على الاصيل لا يجب على الكفيل وبقول الطالب لم يصير المال واجبا على الاصيل والكفيل في انكاره تمسك بالاصل وهو عدم الطالب فالقول قوله مع يمينه على علمه لانه استحلاف على ما هو فعل غيره وهذا بخلاف ما تقدم وهو ما اذا قال ان لم أوافك به غدا فالمال الذي تدعي عليه على لانه كفل هناك بما يدعيه الطالب والدعوى متحققة منه فلما وجدت الصفة التي قيدت الكفالة بما يصحح التزامه للمال كان مؤاخذا به وكذلك ان قر الكفيل بمائة درهم وافر المكفول عنه بمائة درهم صدق المكفول عنه ولم يصدق الكفيل لما بينا أنه التزم بالكفالة ما كان واجبا على الاصيل وقت كفالته وافرار الاصيل ليس بحجة على الكفيل فانما يثبت الوجوب وقت الكفالة فما أقر به الكفيل وهو المائة فلا يلزمه أكثر من ذلك ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به غدا فعليه من المال قدر ما أقر به المطلوب فلم يواف به النقد وافر المطلوب أن عليه ألف درهم فالكفيل ضامن لها لانه قيد الكفالة هنا بصفة ثبتت تلك الصفة باقرار المطلوب فيتم به شرط الالتزام بالكفالة بخلاف الاول فان باقراره هناك ثبت الوجوب عليه وقت الاقرار وانما التزم هو بالكفالة ما كان واجبا عليه وقت الكفالة ولا يثبت ذلك الا فيما أقر به الكفيل لو نكل عن اليمين فيه بعد الاستحلاف ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به غدا فعليه ما ادعى الطالب فلم يواف به النقد وادعى الطالب ألف درهم وأقر بها المطلوب وجدها الكفيل فالقول قول الكفيل مع يمينه على علمه وهو شكل لانه انما كفل هنا بما ادعاه الطالب وقد تحققت الدعوى منه والاقرار من المطلوب ولكن مراده من هذه المسئلة انه كفل بما ادعاه الطالب قبل الكفالة ولم تظهر تلك الدعوى منه ولكنه لما يواف به غدا ادعى الآ أن كان ادعى عليه ألف درهم قبل الكفالة وهو غير مصدق في هذا فالقول للكفيل في انكاره انك لم تدع مع يمينه على علمه بخلاف ما تقدم فان هناك انما كفل بما يدعي الطالب عليه وقد وجد ذلك منه بالمعينة بعد الكفالة ولو كفل بنفسه على أن يوافي به اذا جلس القاضي فان لم يواف به فعليه الألف التي للطالب

عليه فلم يعمد للقاضي أياما ولم يواف به وطلبه صاحبه فلم يأت به فلا شيء عليه أي على الكفيل من المال لانه جعل شرط وجوب المال عدم الموافقة اذا جلس القاضي وان لم يجلس القاضي لم يوجد ذلك ولانه أجل في الموافقة الى جلوس القاضي وما لم يمض الأجل لا توجه عليه المطالبة بالموافقة ووجوب المال عليه عند عدم موافقة مستحقة فاذا لم يوجد ذلك قبل جلوس القاضي لا يلزمه المال ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به غدا فقد احتال الطالب عليه بالآلف درهم التي له على المطلوب ولم يواف به النذر فالمال عليه والحوالة في هذا والكفالة سواء على ما بينا من طريق الاستحسان انه يلزم المال وتعلق براءته عنه بشرط الموافقة بالنفس وذلك صحيح في الكفالة والحوالة جميعا وكذلك لو قال فالى المال أو فلي المال لان هذا من ألفاظ الكفالة وكذلك لو قال فعندي له هذا المال لان كلمة عند عبارة عن القرب وقرب الدين منه اما بالتزام أصله في ذمته أو بالتزام المطالبة به فكان هذا والكفالة سواء ولو كفل بنفسه على ان يواف به غدا فان لم يواف به غدا فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم فلم يواف به الندولزمه المال ثم أخذه الطالب بكفالة النفس وقال لي عليه مال آخر أولى معه خصومة فان الكفيل يؤخذ بنفسه ولا يبرأ منه حتى يدفعه اليه لانه باصل الكفالة التزم تسليم نفسه وبأداء المال لم يصر مسلما نفسه واداءه ذلك المال لا يمنع ابتداء الكفالة بنفسه فلأن لا يمنع بقاءها كان أولى وان كفل بنفسه على انه متى ما طالبه الطالب فلم يواف به فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم فطلبه منه فلم يدفعه اليه فعليه المال لوجود شرطه وهو عدم الموافقة في الوقت الذي طلبه الطالب منه وكذلك لو طلبه غدوة فلم يدفعه اليه حتى العشي قال ولا يبرئه من المال إلا ان يدفعه اليه ساعة طلبه منه وهذا اللفظ اشارة الى ما بينا أن المال واجب عليه بالكفالة وشرط براءته ان يوافيه به حين يطلبه الطالب فاذا لم يفعل انعدم شرط البراءة فبقى المال عليه كما التزمه باصل الكفالة ولا ينفعه دفع النفس اليه بعد ذلك لان ذلك لم يكن شرطا عن المال والله أعلم بالصواب

تم الجزء التاسع عشر * ويليهِ الجزء العشرون وأوله

باب الكفالة والوكالة بالخصومة

﴿ فهرست الجزء التاسع عشر من كتاب المبسوط للإمام السرخسي رحمه الله تعالى ﴾

صحيفة

٢ كتاب الوكالة

١٨ باب الشهادة في الوكالة

٢٦ » كتاب القاضي الى القاضي في الوكالة

٣٠ » وكالة وصي اليتيم

٣١ » الوكالة بالقيام علي الدار وقبض الغلة والبيع

٣٨ » من الوكالة بالبيع والشراء

٦٧ » الوكالة في الدين

٧٧ » الوكالة في الرهن

٨٦ » الوكالة في قبض الوديعة والعارية

٩١ » الوكالة في الهبة

٩٤ » الوكالة في العتق والكتابة

١٠٢ » وكالة المضارب والشريك فيه

١٠٦ » مالا تجوز فيه الوكالة

١٠٨ » وكالة العبد المأذون والمكاتب

١١٧ » الوكالة في النكاح

١٢٥ » توكيل الزوج بالطلاق والخلع

١٣٢ » الوكالة في الاجارة والمزارعة والمعاملة

١٣٧ » الوكالة من أهل الكفر

١٤٣ » الوكالة في الدم والصلح

١٥٢ » الوكالة بالصلح في الشجاج

١٥٨ » وكالة الوكيل

١٦٠ » كتاب الكفالة

١٧٦ » باب الكفالة بالنفس فان لم يواف به فعليه المال

﴿ تمت ﴾

كِتَابُ المَبْسُوطِ

لِسُحْمَسِ الدِّينِ السَّرْحِيّ

المتوفى سنة ٤٩٠ هـ جَرِيَّة

وكتب ظاهر الرواية أنت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد بانرجع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جامعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

الجزء العشرون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب الكفالة بالنفس والوكالة بالخصومة

قال رحمه الله وان ادعى رجل قبل رجل دعوى وأخذ منه كفيلا بنفسه ووكيلا بالخصومة ضامنا لما ثبت عليه فهو جائز لان مقصود صاحب الحق التوثيق بحقه وتتمام التوثيق يكون بهذا فان المكفول بنفسه ربما لا يأتي بالكفيل ويخفى شخصه فيتعذر على الطالب اثبات حقه ولا يتوصل الى حبس الكفيل وان كان وكيلا في خصومته يمكن من اثبات حقه بالبينة وبعد الاثبات ليس له أن يطالب الوكيل بإداء المال وربما لا يظفر الوكيل بالأصيل فاذا كان ضامنا لما ذاب عليه توصل الى استيفاء حقه منه فرفنا ان تمام التوثيق بها يحصل فلهذا جوزناه وعلي قول الشافعي رحمه الله هذا الضمان لا يجوز (وأصل المسئلة) ان الكفالة بالمال مضافا الى سبب وجوبه يجوز عندنا نحو ان يقول ماذا لك على فلان فهو على أو ما بدت به فلانا فهو على وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه التزم المال بالمقد فلا يحتمل الاضافة كالاتزام بالشراء ولان الاضافة الى وقت في معنى التعليق بالشرط والتزام المال بالكفالة لا يحتمل التعليق بالشرط حتى لو علق بدخول الدار وكلام زيد لم يصح فكذلك اذا اضافته الى وقت * توضيحه ان عندكم لو أضاف الكفالة الى موت المطلوب كان صحيحا ولو أضافها الى موت غيره لم يصح ولا فرق بين الموتين فان كل واحد منهما كائن غير موجود وفي الحال ثم جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة بهذه الصفة بأن يقول ما بدت به أحدا من الناس فكذلك جهالة المكفول به تمنع صحته بالاولى لان الملتزم بالمقدم المكفول به * وحجتنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فهذا المنادى أضاف الالتزام بالكفالة الى سبب وجوب المال وهو المحي بصواع الملك وانما نادى بأمر يوسف عليه السلام وما أخبر به الله تعالى عن شريعة من قبلنا فهو ثابت في شريعتنا حتى يقوم دليل النسخ غير أن الشافعي رحمه الله يقول هنا بيان الهالة لمن يأتي به وعندى من أبق عبده فخطب جماعة وقال من جاء به منكم فله عشرة كان هذا صحيحا ولكننا

تقول استدلالنا بزعمنا المنادى بقوله وانا به زعيم ولا حاجة هنا الى معرفة طريق وجوب ذلك المال فان العمالة يجب على من وقع له العمل فأما الوجوب على الكفيل فبسبب الكفالة الا إنه يقول لم يكن هذا كفالة على الحقيقة فان المكفول له مجهول وجهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة والسكلام فيه من حيث المعنى اذ التزام المال بالكفالة نظير التزام المال بالافرار من حيث أنه التزام لا يقابله الزام على من يلتزم له وجهالة المقر به لا تمنع صحة الافرار فكذلك فيما التزمه بالكفالة وجواز الكفالة في الاصل لحاجة الناس والحاجة ماسة الى اضافة الكفالة الى سبب وجوب المال ولهذا جوز العلماء رحمهم الله الكفالة بالدرك وهو مضاف الى سبب الوجوب بالاستحقاق فيه يتبين ان مثل هذه الجهالة لكونها لا تنفي الى المنازعة لا تمنع صحة الكفالة ولا يجوز أن تمنع صحتها لمعنى الخطر فانه موجود في كل كفالة اذ لا يدري أن الطالب يطالب الكفيل أو الاصيل فاما الفرق بين الموتين فهو أن موت المطلوب يجوز أن يكون سببا لتوجه المطالبة بالمال عليه بان يكون وارثه فهذا تصح اضافة الكفالة اليه وكذلك التعليل بكلام زيد ودخول الدار فانه ليس بسبب وجوب المال بحال فتمحض ذلك تعليلًا بالشرط ولا يكون التزاما فاما ما هنا فانه أضاف الالتزام الى ما هو سبب وجوب المال وهو المباشرة والذوب فيكون التزاما صحيحا فان وافى به ودفعه اليه فهو برىء من ذلك لوجود الموافقة به كما التزمه وان لم يفعل فللطالب أن يأخذه بالكفالة ويخاصمه في دعواه قبل المكفول به والكفيل ضامن له لتحقيق الذوب بقضاء القاضى وقد كان ملتزما لما يذوب له عليه والذوب عبارة عن تحقق الوجوب وان قال ان لم أوفك به غدا فانا وكيل في خصومته ضامن لما ذاب عليه فرضى بذلك المطلوب فهو جائز وانما شرط رضاه في الوكالة بالخصومة دون الكفالة بالنفس والمال لان الوكيل بالخصومة نائب عنه وربما يتضرر هو به فلا يفرد به الوكيل بدون رضا الموكل فأما الكفالة فالالتزام للطالب ولا يتضرر به المكفول عنه فلا يعتبر رضاه بذلك وكذلك لو قال متى دعوتنى به فلم أوفك به فانا وكيل في خصومته ضامن ما ذاب لك عليه لان كلمة متى للوقت فمعناه ان لم أوفك به في الوقت الذى تطلب منى وهذا الوقت وان كان مجهولا ولكن لا يمكن بسبب جهالة منازعة ولو كفيل به على انه ان لم يوف به غدا فقلان يعنى رجلا آخر وكيل في خصومته فما قضى به عليه فانا ضامن له فرضى بذلك المطلوب فهو جائز اذ لا فرق أن يكون الوكيل والضامن للمال هو الكفيل بالنفس وبين أن يكون غيره اذا وجد

منه للقبول لذلك وقد بينا انه لو كانت اضافته لذلك كله الى نفسه كان صحيحا فكذلك اذا
أضاف كل عقد من هذا الى شخص معلوم وقبلوا ذلك ورضى به المطلوب كان صحيحا ولو
قدم الوكالة فقال هو وكيل في خصومة ما بيني وبينك ضامن لما ذاب لك على أو لما قضى
لك به على أو لما لزمني لك أو بما لحقني فان وافاني به غدا حتى أدفعه اليك فهو برىء من
ذلك فهذا جائز لانه وان أخر التزام المال بالكفالة كان محمولا على معنى التقديم فادافده
فأولى أن يصح وهذه كلها ونائق لحق واحد فلا فرق في صحتها بين تقديم التمين وتأخير
التمين لان المقصود لا يختلف بذلك ولو كفل بنفسه الى أجل فان لم يوف به فيه فهو وكيل
في الخصومة التي بينهما ضامن لما ذاب عليه ولم يشهد المطلوب على ذلك فالكفالة بالنفس
والمال جائزة والوكالة والكفالة باطلة لانه أباه ولا يقدر الانسان على ان يجعل نفسه نائبا
عن غيره في خصومته من غير رضاه فاذا لم يرض المطلوب بوكالته بطلت الوكالة ولا تبطل
ببطلانها الكفالة بالمال والنفس لان جوازهما لا يتعلق بصحة الوكالة فانهما صحيحان وان لم يذ كر
الوكالة أصلا ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يوف به غدا فهو وكيل في خصومته فرضي به
المطلوب فلم يوف به الغد فهو وكيل بالخصومة لان الوكالة اطلاق تحتمل التعليل بخاطر
عدم الموافقة فان قضى عليه بشيء لم يلزم الكفيل منه شيء لانه ما التزم شيئا من المال والكفالة
بالنفس لا يصير ملتزما للمال ولكن الطالب يأخذ الكفيل بالكفالة بالنفس حتى يدفعه اليه
لانه التزم تسليم النفس اليه فلا يبرأ بثبوت المال عليه ما لم يسلمه فان ثبوت المال عليه لا يفيده عن
نفسه بل يحوجه الى ذلك ليستوفي حقه منه فكان الكفيل مطالبا به فان قضى الكفيل الطالب
حقه كان متبرعا بذلك كسائر الاجاب لانه غير ملتزم للمال وبأدائه لا يستفيد البراءة من
الكفالة بالنفس لجواز ان يكون بين الطالب والمطلوب خصومة أخرى فهذا كان متبرعا في
اداء المال ان شاء الطالب قبل ذلك منه وان شاء أبي وطالبه بتسليم النفس اليه كما التزمه وان
كان كفيل بالمال أجبرت الطالب على قبضه منه على معنى أنه اذا وضع المال بين يديه يصير
الطالب قابضه لانه يرى ذمته بالاداء ولمن عليه الحق ذلك والاول متبرع لا تبرأ ذمته
عن شيء بما يؤديه ولو قضا الكفيل المال على أن يرثه من الكفالة بالنفس كان جائزا لانه
متبرع في قضاء المال وقد قبله الطالب ثم أبرأه الطالب عن الكفالة بالنفس وذلك حقه وكذلك
لو قضا بمضه على ان يرثه عن الكفالة بالنفس وهذا لان الطالب ليس يملك ما يقبضه منه

بإزاء الإبراء عن الكفالة بالنفس انما يملك ذلك بدلا عن أصل حقه على المطلوب كما يملكه من جهة متبرع آخر ثم هو مسقط لحقه في الكفالة بالنفس من غير عوض فيكون صحيحا فاما اذا أبرأه عن الكفالة بالنفس بمال يشترطه عليه بمقابلة البراءة فلا يجب ذلك المال ولو أداه كان له أن يرجع فيه لأن الكفالة بالنفس ليست بمال ولا تؤول الى المال بمال وهو مجرد حق لا يوصف بأنه مأكله والاعتياض عن مثله بالمال لا يصح بخلاف المتاق بمحل والطلاق بمحل فانه اعتياض عن ملك (ألا ترى) أن ملك النكاح لا يثبت الا بالمال فيجوز الاعتياض عن ازالته بالمال أيضا بخلاف حق الكفالة بالنفس فانه لا يثبت ابتداء بمال قط حتى لو أخذ منه مالا ليكفل به بنفس فلان لا يصح فكذلك لا يصح التزام المال عوضا عن الإبراء بالكفالة بالنفس وفي حصول البراءة روايتان في كتاب الشفعة يشير الى انه يبرأ وجمل هذا كمن الشفعة اذا سلمه بمال يصح التسليم ولا يجب المال والمعنى أنه اسقاط محض واشتراط العوض بمقابلته فاسد ولكن الاسقاط لا يبطل بالشرط الفاسد لانه لا يتعلق بالجائز من الشروط فلا يكون الشرط الفاسد مبطلا له وفي موضع آخر يقول لا يبرأ عن الكفالة بالنفس بخلاف الشفعة لان الكفالة بالنفس حق قوى لا يسقط بمد ثبوته إلا باسقاط تام ولا يسقط إلا بعد تمام الرضا به ولهذا لا يسقط بالسكوت وانما يتم رضاه بسقوطه اذا وجب له المال فاذا لم يجب لا يكون راضيا به فاما سقوط الشفعة فليس يعتمد الاسقاط وتام الرضا به (ألا ترى) أن بالسكوت عن الطلب بمد العلم به يسقط وحجته ان الوجوب لم يكن لعقده وانما كان شرعا لدفع ضرر مخصوص عنه وهو ضرر سوء المجاورة وقد صار راضيا بهذا الضرر وان سلمه بمال فاما وجوب تسليم النفس بالكفالة فكان بقبوله العقد فلا بد من اسقاط يكون منه وهو اذا أسقطه بمال فانما يحول حقه الى المال فلا يسقط أصلا وهذا التحويل لم يصح فبقيت الكفالة بالنفس على حالها ولو قضاها المال على أن يرجع به على المطلوب وقبضه منه على ذلك فهذا لا يجوز لان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بموض والمبادلة بالدين من غير من عليه الدين لا تصح بخلاف الاول لانه اسقاط المال عن المطلوب وليس بتمليك من المتبرع لقضاءه بموض وهنالك على التملك منه حتى شرط له الرجوع على المطلوب وهذا بخلاف الكفيل بالمال أيضا فانه متبرع ملتزم للمال لان بمقد الكفالة يجب المال في ذمته على أحد الطرفين وعلى الطريق الآخر عند قضاء الدين ليرجع به ولهذا لو وهب هناك المال من الكفيل لرجع

به على الاصيل ولو وهب المال هنا من الكفيل بالنفس لا يصح إلا أن يسلطه على قبضه فينشد
 يكون نائبا عنه في قبضه استحسانا قال فان أبرأه عن الكفالة على هذا كان للكفيل أن يرجع
 بما قضا عليه لانه قبضه منه بحكم تملك فاسد ويرجع الطالب عليه بالكفالة بالنفس في أصح
 الروايتين ولو كفّل نفسه الى أجل مسمى فان لم يواف به فهو ضامن لما ذاب عليه وكيل في
 خصومته فليس للطالب ان يأخذه بالكفالة بالنفس قبل الأجل ولا أن يخاصمه قبل الأجل
 لان اشتراط المدة لتوسعة الامر على نفسه فلا يتضيّق الامر عليه الا بمضى المدة كاشتراط
 المطلوب الاجل لنفسه في الدين والوكالة في الخصومة وضمان المال عليه بناء على عدم موافاة
 مستحقة وذلك لا يكون الا بعد الاجل فهذا لا يطالبه بشئ من ذلك قبل مضي الاجل وعلى
 هذا الكفالة بالنفس بغير وكالة فان المعنى يجمع الكل ولو كفّل بنفس رجل وجعل المكفول به
 وكيلاً في خصومته ضامنا لما ذاب عليه ثم مات الكفيل وله مال فلا خصومة بين الطالب وورثته
 ولكنه يخاصم المكفول به لان الوكالة تبطل بالموت فان الموكل انما رضى برأيه في الخصومة
 فلا يقوم رأى وارثه في ذلك مقام رأيه والكفالة بالمال باقية بعد موته ولكن ما لم يتحقق الذوب
 على المطلوب لا يكون هو ضامنا للمال والذوب انما يتحقق عند خصومة الطالب وأثبت حقه
 عليه بالحجة فلماذا خاصم المكفول به وما قضى له به عليه ضرب به مع غرماء الكفيل في ماله لان
 الذوب قد تحقق فالوجوب بالكفالة يستند الى أصل السبب لان اللزوم تعلق به نفسه وقد
 كان أصل السبب في صحته فلماذا المعنى الواجب من جملة دين الصحة يضرب به مع غرماء الصحة
 وكذلك لو مات المكفول به أيضا فخاصم الطالب ورثته أو وصيه فقضى له بالمال كان له أن
 يتبع ميراث أيهما شاء لان الذوب قد تحقق فيضرب في ميراثه بجميع ماله وفي ميراث الآخر
 بما بقي له لانه وصل اليه بعض حقه حين ضرب مع غرماء الاول فلا يضرب مع غرماء
 الآخر الا بما بقي له والله أعلم فان لم يكن على واحد منهما سوى هذا الدين فالجواب واضح
 وان كان على كل واحد منهما دين آخر يضرب مع غرماء أيهما شاء أولا بجميع دينه وفي الكتاب
 أنهم قال ان بدأ فعرب مع غرماء الكفيل رجع على ورثة الكفيل بما أدوا في مال المكفول عنه
 فضرّبوا به مع غرمائه لان كفالته عنه كانت باصره وما يستوفى من تركته بعد وفاته بمنزلة
 ما يؤديه في حياته ويرجع به ورثته في تركة المكفول عنه وان بدأ فعرب مع غرماء المكفول
 عنه لم يرجع ورثة المكفول عنه في تركة الكفيل بشئ لان أصل الحق كان على مورثهم وكان

(V)

الطالب يرجع بما بقي من حقه فيضرب به مع غرماء الكفيل في تركة الكفيل لانه لا يبرأ الكفيل الا من القدر الذي وصل الى الطالب من تركة المكفول عنه فقطم الجواب في الكتاب على هذا وهو مبهم في أصل الوضع قاصر في البيان فينبذ لا يتم بيان المسئلة بما ذكر وليس في الكتاب مسئلة اشكل من هذه المسئلة من الحسابات وغيرها فالوجه أن تصور المسئلة ليتين موضع الاشكال فنقول دين الطالب عشرة دراهم وقد ترك الكفيل عشرة وعليه دين لرجل آخر عشرة وترك المكفول منه أيضا عشرة وعليه لرجل آخر دين عشرة فالطالب بالخيار كما يشاء فان بدأ بتركة الكفيل ضرب بالعشرة في تركته وغريم الكفيل بالعشرة فكانت تركته بينهما نصفين فوصل الى الطالب خمسة يأبى في تركة المكفول عنه فيضرب مع غريمه بما بقي من دينه وذلك خمسة ويضرب ورثة الكفيل أيضا بما أدوا الى الطالب وذلك خمسة فيسلم الغريم المطلوب خمسة وللطالب درهمان ونصف ولورثة الكفيل درهمان ونصف لا يسلم هذا لورثة الكفيل لانه تركة الكفيل وقد بقي من دين غريمه خمسة ومن دين الطالب درهمان ونصف فيقسمان هذا الذي ظهر من تركته على مقدار حقهما أثلاثا فاثالث الذي يستوفيه الطالب رجع به ورثة الكفيل في تركة المكفول عنه فيتبين به بطلان القسمة الاولى وان استأنفوا القسمة على هذا الذي ظهر أيضا يرجع به الطالب فيما يستوفون ويرجعون بما يطون اليه في تركة المكفول عنه فتنتقض القسمة أيضا ولا يزال يدور هكذا الى مالا يتناهى واذا بدأ بالرجوع في تركة المكفول عنه فضررب مع غريمه بالعشرة واقسما تركته نصفين فانه يضرب بما بقي من دينه وذلك خمسة في تركة الكفيل مع غريم الكفيل فيقسمان العشرة أثلاثا فيتبين ان ورثة الكفيل أدوا الى الطالب ثلاثة وثلاثا ويرجعون به في تركة المكفول عنه وتبين بطلان القسمة الاولى وكذلك ان استأنفوا القسمة ثانيا وثالثا فكما وصل اليهم شيء يأخذ الطالب من ذلك قدر حصته ويرجع به ورثة الكفيل في تركة المكفول عنه الى مالا يتناهى فهذا يبان مواضع اشكال المسئلة وكان أبو بكر القمي رحمه الله من متقدمي علمائنا رحمهم الله من الحساب يقول هذه المسئلة من باب مفتريات الجبر ومحمد بن الحسن رحمه الله كان يعرف مفردات الجبر وما كان يعرف مفتريات الجبر أصلا فلها ترك بيان هذه المسئلة ومعنى كلامه أن هذه الحاجة تقع الى معرفة القدر الذي يرجع به ورثة الكفيل في تركة المكفول عنه ليضم ذلك الى ما يضرب به الطالب في تركة المكفول عنه غريمه والعلم بمفردات

الجبر لا يهدى الى ذلك فاما أبو الحسن الاهو اذى من حساب أصحابنا رحمهم الله فكان يقول انما
 تمذر تخريج هذه المسئلة لما وقع فيها من جذر الاصم وكانت عائشة رضى الله عنها تقول
 سبحان من لا يعلم الجذر الاصم الا هو وقيل الجذر الاصم مغلق ضل مفتاحه فلا يعرفه أحد
 من العباد بطريق التحقيق وبرهن بمقالته بمسئلة مجتذرة من هذا الجنس وحققها وخرجها
 وسئل القاضي أبو عاصم الجنوبى في زمانه وكان مقدما في الحساب ان يخرج هذه المسئلة
 فتكاف لذلك مدة وخرجها بالتقريب دون التحقيق (والحاصل) ان من تكلف لذلك من
 أصحابنا رحمهم الله تمذر عليه تخرج المسئلة بالتحقيق أصلا وكل ما ذكره عندي في تصنيف
 ولكن لم يكن معي شيء من كتبى ولم يجد به خاطرى الآن فان تيسر وصولى الى كتبى أو
 جاد به خاطرى أى وقت أتيت منه بقدر الممكن ان شاء الله تعالى ثم نزيد المسئلة في آخر
 الكتاب بعينها ومن أراد من أصحابنا رحمهم الله التخلص من هذه الخصومة يقول الطالب اذا
 اختار الرجوع على أحدهما ثم ضرب ببقية دينه في تركة الآخر فاسلم لورثة الكفيل لا يرجع
 فيه الطالب بشئ لانه بدل ما وصل الى الطالب ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد
 ولكن يكون ذلك سالما لفرم الكفيل غير ان هذا من حيث المعنى بعيد فان ما يأخذون مال
 الكفيل فكيف يسلم ذلك لاحد غريمه دون الآخر ولو كفل بنفس رجل الى آخر الشهر
 فان لم يواف به فهو وكيل في خصومة ما بينهما ولم يبين أى خصومة هى والكفالة بالنفس جائزة
 ولا يكون وكلا في الخصومة لانه اذا لم يبين انه فى أى خصومة وكيله فالوكيل عاجز عن
 تحصيل مقصود الموكل لان ما وكله به مجهول جهالة متفاحشة ولم يفوض الأمر الى رأيه على
 العموم ولكن فساد الوكالة بالخصومة لا يوجب فساد الكفالة بالنفس لان أحد الحكمين
 منفصل عن الآخر فالفسد فى أحدهما لا يتعدى الى الآخر وكفالة الصبي التاجر باذن أبيه
 أو بنير اذنه بنفس أو مال باطلة لانه تبرع ولا يملكه الصبي بنير اذن أبيه ولا باذنه كالمهبة
 وهذا لان عقل الصبي انما يعتبر شرعا فيما ينفعه والتبرع ليس من جنس ما ينفعه عاجلا واذن
 الاب له لا يصح فيما لا يملك الاب مباشرة كالطلاق ونحوه ولان الكفالة اقراض للذمة
 بالتزام الحق فيها فكان كاقراض المال فلا يملكه الصغير باذن أبيه ولا بنير اذنه والمتوفى والمبرسم
 الذى يهدى فى ذلك كالصبي وكذلك رجل عليه مال ادخل ابنا له غير بالغ معه فى الكفالة
 أو بنفسه فهو باطل لانه لما كان لا يملك الكفالة عن الغير باذن الاب فلان لا يملك عن الاب

كان ذلك بطريق الاولى لانه في حق نفسه منهم بما لا يتم به في حق غيره ولو أقر بعد بلوغه انه كفل بنفس أو مال وهو صبي كان باطلا لان الثابت بالاقرار بعد البلوغ كالثابت معاينة ولو عايناه كفلا في صباه لم ينفذ ذلك بعد بلوغه ولا به أضاف الاقرار الى حال معهودة تنافي تلك الحال الكفالة فكان منكرها للكفالة في الحقيقة لا مقرا بها ولهذا لو ادعى الطالب انه كفل به بعد بلوغه فالقول قول الصبي مع يمينه ولو أقر انه كفل به وهو منغمى عليه فان عرف ذلك منه فالقول قوله في ذلك لاضافته الكفالة الى معهود ينافي كفالته وان لم يعرف ذلك منه فهو مأخوذ به لاقراره بالالتزام ولو استد ان وصي اليتيم ديننا في نفقة اليتيم وأمر اليتيم فضمنه أو ضمنه بنفسه فضمان الدين جائز وضمان النفس باطل لان حاصل الدين على الصبي (ألا ترى) أن الوصي يؤديه من ماله ولو أداه من مال نفسه رجع به عليه فهو بهذا الضمان يلتزم ما عليه بخلاف الكفالة بالنفس فانه يلتزم بها ما ليس عليه * توضيحه انه لو أمر الصبي بأن يستدين ففعله جاز وكان طالبا للمال فكذلك اذا استد ان بنفسه وأمره حتى ضمن المال ولا يملك مثله في الكفالة بالنفس بأمره وكذلك الاب اذا استد ان على الابن ديننا في بعض مالا بد منه وأمره بالكفالة جاز لان تصرف الاب عليه انفذ من تصرف الوصي وان أمره أن يكفل بنفسه لم يجوز والتاجر وغير التاجر في ذلك سواء لان الكفالة ليست من عقود التجارة ولا تجوز الكفالة لصبي لا يملك ولا يجنون ولا لمنمى عليه وفي رواية حماد رحمه الله ان الكفالة لهؤلاء جائزة في قول أبي يوسف رحمه الله واصل هذا في الكفالة للغائب وقد بينا أن عند أبي يوسف رحمه الله الكفيل ينفرد بالكفالة فيجوز المقدم وان لم يقبله أحد ولا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يقبل قابل وقبول الصبي الذي لا يملك ولا يجنون باطل وتجوز الكفالة للصبي التاجر لانه من أهل القبول وهذا تبرع عليه لانه أو بمنزلة الاقراض له وذلك صحيح اذا قبله ولو كفل رجل بنفس رجل على انه يوافي به الى أجل مسمى فان لم يواف به الى ذلك الأجل فهو ضامن لما ذاب عليه فلو مضى الاجل قبل ان يوافيه به فهو ضامن لما ذاب عليه لوجود شرطه ولكن الذوب انما يتحقق بقضاء القاضى فانما يلزم الكفيل المال اذا قضى به على المكفول عنه لانه ضمن مالا بصفة وليس الكفيل بمخصم عنه في اقامة البيعة عليه بالمال لان المال ما لم يصير مقضيا به على الاصيل لا يلزم الكفيل منه شيء وما لم يصير كفيلًا به لا يكون خصما فيه وان مات الطالب أو المطلوب قام وارثه أو وصيه في ذلك مقامه وكذلك لو كفل بنفسه على انه

ضامن لما قضى عليه أو لما قضى عليه قاضي أهل الكوفة فتقضى بذلك غير قاضي أهل الكوفة فهو لازم للكفيل لانه انما يراعى من الشروط ما يكون مفيداً والتقييد بصفة أن يكون المال مقضياً به على الاصيل مفيد فأما التقييد بكون القاضي به قاضي أهل الكوفة فقير مفيد لان المقصود القضاء لآعين القاضي وفي القضاء قاضي الكوفة وغير قاضي الكوفة سواء ولو كفّل بنفس رجل على انه ضامن لما قضى به على المكفول به وهو ميت والمكفول وارثه فهو جائز مستقيم لان المكفول به بعد موت أبيه مطالب بقضاء دينه من تركه أبيه فهو في الحكم كالذي عليه وكذلك وصى الميت بكفّل نفس رجل على انه ضامن لما قضى به على الميت فهو جائز لانه مطلوب بذلك الدين يقضيه من تركه الميت وكذلك الوصى يأخذ من غريم الميت كفيلاً بنفسه ضامناً لما قضى به عليه لانه في ذلك قائم مقام الوصى وكذلك الاب يأخذ من غريم ولده الصغير لانه قائم في ذلك مقام ولده ان لو كان بالنسبة ولو أن رجلاً أخذ غريماً بمال لأخيه أو لبعض أهله من غير وكالة من صاحب المال وأخذ كفيلاً منه بنفسه ضامناً لما ذاب عليه فرضى بذلك مدعى المال كان جائزاً لان قبول هذا كان موقوفاً على اجازة الطالب فاذا أجازاه جاز ولو فسخ الكفيل الكفالة قبل أن يرضى صاحب المال فهو منها برىء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الكفالة عندهما لا تلزم الكفيل الا برضا الطالب وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو وكل رجلاً بأن يأخذ له كفيلاً عن غريمه بنفسه ضامناً لما قضى به عليه كان جائزاً لان التوكيل صحيح بما يملك الموكل مباشرة بنفسه فان كفّل الكفيل للوكيل فدفعه اليه برىء من الكفالة بنفسه وليس للموكل أن يطالبه بشيء لانه أتى بما التزمه وهو التسليم الى الوكيل لان الوكيل باضاعة المقدم الى نفسه جعل نفسه مباشراً المقدم واليه الاستيفاء والمطالبة وان كفّل به للموكل لم يبرأ بدفعه الى الوكيل لانه جعل نفسه رسولاً ولان الكفيل التزم التسليم الى الموكل فلا يبرأ بالتسليم الى غيره وان دفعه الى الموكل برىء في الوجهين لان في الفصل الاول الوكيل وان كان هو المباشر للمقدم فانما يطالب بموجبها لمنفعة الموكل فاذا حصل المقصود بالتسليم الى الموكل برىء الكفيل ولو وكل رجل رجلاً بأن يعطى كفيلاً بنفسه ضامناً لما ذاب على الموكل فاعطى الوكيل كفيلاً بذلك فتقضى على الموكل بمال للطالب فانه يأخذ الكفيل بحكم ضمانه وليس للكفيل أن يأخذ الوكيل بذلك لانه كان رسولاً من الموكل اليه فلا عهدة عليه الا أن يكون ضمن له شيئاً فينشد يؤخذ بضمانه

(ألا ترى) لو أن رجلاً أمر رجلاً أن يضمن رجلاً بنفسه وإن يضمن ما ذاب عليه لم يكن على الأمر شيء ولا على المكفول به لأن الأمر أشار عليه بالكفالة من غيره ولم يلتزم له شيئاً ولا مهدة على المشير والمكفول عنه لأنه لم يأمره بالكفالة عنه فلا يرجع عليه أيضاً وفي الباب الأول يرجع على المكفول به بما أدى من المال لأن أمره وكيله بالكفالة عنه ككفالاته بنفسه والكفيل بالأمر إذا طوب طالب ولو لوزم لازم وإذا حبس حبس وإذا أدى رجع ونسئ بقولنا يطالبه أن يقول اقض حق المطلوب لا تخلص من هذه المهدة ولا يطالبه بأن يدفع إليه شيئاً لأنه ما لم يؤد عنه لا يثبت له حق الرجوع فإنه بمنزلة المقرض وبالقرض لا يطالبه بإداء المال وإنما يطالبه بإداء المال بعد اقراض المال منه وذلك إنما يكون عند أدائه فلماذا لا يرجع عليه بالمال ما لم يؤد عنه والله أعلم

باب الكفالة عن الصبيان والماليك

(قال رحمه الله) وإذا ادعى رجل قبل صبي دعوى وكفل به رجل بنير اذن أبيه فالكفالة لازمة للكفيل يؤخذ بهذا لأن تسليم النفس للجواب مستحق على الصبي حتى يحضر أن كان مأذوناً أو يحضر وليه أن لم يكن مأذوناً ليقوم وليه في ذلك مقامه فلما التزم الكفيل تسليم ما هو مستحق للتسليم عليه وهو مما تجرى فيه النيابة صبح التزامه فإن طلب الكفيل أن يحضر معه الصبي ليسلمه إلى خصمه لم يؤخذ بالصبي به وإن كان الصبي طلب ذلك إليه لأن قول الصبي ليس بمأذون إلا أن يكون تاجراً مأذوناً له فحينئذ قوله ملزم فيؤمر بالحضور معه لأنه أدخله في هذه المهدة فعليه أن يخلصه بالحضور معه ليسلمه إلى خصمه وكذلك إن كان غير تاجر فادعى عليه مالا فطلب أبوه إلى رجل أن يضمنه فضمنه كان جائزاً ويؤخذ به الكفيل والكفيل أن يأخذ الغلام به لأن الأب قوله ملزم على ولده فيما ينفعه وهذا من جملة ما ينفع الصبي فكان قول الأب فيه ملزماً إياه فلماذا يؤمر بالحضور معه فإن تنيبه أنه أن يأخذ الأب حتى يحضره فيدفعه إليه أو يخلصه من ذلك لأن أمر الأب في هذا لما جاز على الولد صار الولد مطلوباً به وكل حق كان الولد مطلوباً به فأبوه مأمور بإيفائه ذلك الحق من ملك الولد كما إذا ثبت عليه دين بالينة فلماذا يؤمر الأب بحضور الصبي والوصى في هذا بمنزلة الأب لأن فيه منفعة للصبي ولو أمره بأن يكفل بنفسه غلام ليس هو

وصيه أخذ الكفيل بتسليمه لأنه قد التزمه ولا يؤمر الصبي بالحضور معه لأنه ليس للأمر عليه قول ملزم وليس للكفيل أن يأخذ الأمر بشيء لأنه أشار عليه بالكفالة ولم يلتزم له بشيء والمتوهم في ذلك بمنزلة الصبي لأن ولاية الوصي على المتوهم تثبت كما تثبت على الصبي ولو كفل بنفس صبي على أن يوافي به غدا فإن لم يواف به غدا فعليه ما ذاب عليه فالكفالة بالنفس جائزة وكذلك بالمال إن لم يواف به غدا لوجود شرطه ثم الذوب على الصبي إنما يحقق بقضاء القاضي بالمال على أبيه أو وصيه أو قيم نسيبه القاضي له فإذا وجد ذلك لزم الكفيل ولم يرجع به على الصبي إلا أن يكون أمره بالضمان أو الوصي لأنه بمنزلة الاقراض والا قراض من الصبي المحجور لا يلزمه به شيء إلا أن يكون بأمر وليه فيثبت يكون المال لازماً عليه وأمر وليه بذلك كأمره بعد بلوغه وكفالة العبد التاجر أو غير التاجر عن سيده بمال أو بنفسه بغير إذنه باطلة لأن الكفالة تبرع وهو منفك الحبر عنه في التجارات دون التبرعات فلا تصح منه الكفالة بالنفس والمال عن المولى بغير إذنه كما لا يصح عن سائر الأجانب وإنما يعني بهذا أنه لا يطلب به في حال رقه فأما بعد العتق فهو مأخوذ بذلك لأنه مخاطب من أهل الالتزام في حق نفسه وإن كفل بنفسه باذنه فهو جائز لأن المانع من صحة التزامه في الحال حق مولاه دون حق غيره من غرمائه فإن الكفالة بالنفس لا تلاقى حق محل الغرماء فهذا نفذ منه باذن المولى سواء كفل عن المولى أو عن الأجنبي وهذا لأن أكثر ما يجب بهذه الكفالة حبسه إن لم يحضر نفس المطلوب وذلك يوقع الحيلولة بين المولى وبين خدمته فهذا جاز باذن المولى وإن كفل عنه بالمال باذنه وليس عليه دين فهو جائز لأن الحق في ماليته لمولاه وهو يملك أن يجعله مشغولاً بالدين بأن يرهقه أو يقر بالدين وكذلك إذا أذن له حتى كفل عنه فإن أداه بعد العتق لم يرجع على سيده وعن زفر رحمه الله أنه يرجع عليه لأنه قضى دينه من خالص ملكه بأمره فيرجع عليه كما لو أمره بالأداء بعد العتق ولكننا نقول إن الكفالة حين وقعت لم تكن موجبة له شيئاً على المولى فإن العبد لا يستوجب ديناً على مولاه فهذا لا يرجع عليه إذا أداه بعد العتق وهذا لما بينا أن الكفالة توجب للطالب على الكفيل حقاً ولا كفيل على الاصيل إلا أن ما يجب للكفيل على الاصيل مؤجل إلى وقت أدائه ولهذا لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه عنه كان صحيحاً ولا يرجع إذا أدى بعد ذلك فتبين بهذا أن المعتبر وقت الكفالة وعند ذلك لم يكن العبد ممن يستوجب شيئاً على مولاه وإن كان عليه دين يستغرق

قيمته لم يلزمه الكفالة في حال رقه لان المولى في ماليته كاجنبي آخر (ألا ترى) أنه لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه ولا بالرهن فكذلك باذنه بالكفالة عنه ولكن الالتزام منه صحيح في حق نفسه حتى اذا عتق كان مطالباً به وان مات السيد وترك مالا وأعتق العبد عند موته فان غرماء العبد يستسمونه في قيمته ولا شيء لغرماء السيد من هذه القيمة لان هذه القيمة بدل مالية العبد وغرماء العبد حقمهم أسبق تعلقاً بماليته من حق غرماء السيد (ألا ترى) أنه لو لم يمتقه حتى مات لكان يباع العبد ويصرف ثمنه الى غرمائه دون غرماء السيد فكذلك حكم هذه السعاية ولكن غرماء السيد يبيعون مال السيد وان شاء غرماء العبد تبعوا مال السيد بقيمة العبد أيضاً لانه صار مستهلكاً محل حقمهم بعتق العبد فوجب لهم قيمة العبد ديناً في تركته بعد موته ثم ان عند أبي حنيفة رحمه الله لا تنفذ الكفالة ما لم يفرغ من السعاية لان المستسمى في بعض قيمته عنده كالمكاتب وكفالة المكاتب لم تصح وعندهما متى عتق نفذت الكفالة لانه عندهما حر عليه دين والمكفول له ان شاء اتبع مال السيد لان أصل دينه عليه وان شاء اتبع العبد لصحة كفاله بعد عتقه غير أنه لا يشارك غرماءه في تلك القيمة لانها بدل ماليته ولم يثبت له مزاحمة مع غرماء العبد في ماليته فكذلك في بدل المالية فان كان مكان العبد أم ولد فتمتق فان صاحب الكفالة يستسعيها مع غرمائها بماليته اذ لا مالية فيها ولكن الديون تقرر في ذمتها بعد العتق فتؤمر بقضاء ذلك كله والمكفول له أخذها والمديرة بمنزلة العبد في ذلك لقيام المالية فيها ولا يرجع واحد منهم على السيد بشيء مما يؤدى عنه من الكفالة لانهم كانوا مملوكين له عند الكفالة والمملوك لا يستوجب الدين على مالكه فان في المديرة ينبغي أن يثبت لغرمائها حق الرجوع في تركة المولى بقيمتها بخلاف العبد لان المولى باعقاق المديرة لم يصر مستهلكاً من حق الغرماء شيئاً اذ لم يكن لهم حق بيع الرقبة في الدين وانما كان حقمهم في الكسب وذلك حاصل لهم قلنا هو كذلك ومراد محمد رحمه الله من هذا اللفظ المساواة في ايجاب السعاية في القيمة على المديرة والعبد دون الولد على أن المالية كانت قائمة في المديرة حتى لو غصبها غاصب ضمن قيمة ماليته وكان ذلك لغرمائها فلماذا يجب عليها السعاية في قيمتها لغرمائها كالعبد وكذلك اذا كان المال على السيد من كفالة فأدى عنه العبد كادائه بنفسه فيستوجب الرجوع به على الاصيل وذكر عن شريح رحمه الله انه قال لا كفالة للعبد وممناء انه ليس له حق ولاية الكفالة بالنفس والمال لانه تبرع بالتمام وهو محجور عنه لحق مولاه

وكفالة المدبر والعبد وأم الولد من غير السيد بنفس أو مال بغير اذنه باطلة حتى يمتقوا فإذا
 عتقوا الزمهم لان المانع حق مولاه وإذا أذن له سيده فيها جازت ان لم يكن عليه دين ويباع
 العبد في الكفالة بالدين وان كان عليه دين بدئ بدينه قبل دين الكفالة وأما أم الولد والمدبر
 فانهما يستسعيان في الدين لان رقبتهما ليست بمحل للبيع فكان عليهما قضاء الدين من
 كسبهما وهو السعاية فيبدأ بدينهما من سعائتهما ثم بدين الكفالة اذا كان باذن المولى واذا
 كفل العبد باذن سيده بنفس رجل ثم أعتقه سيده لم يضمن شيئاً وأوخذ العبد بالكفالة لانه
 بالاعتاق لم يضع علي المكفول له شيء فان حقه في مطالبة العبد بتسليم نفس المكفول به ذلك
 بعد العتق وقبله سواء وانما أبطل المولى المالية بالعتق ولا تعلق للكفالة بالنفس بالمالية وان
 كانت الكفالة بمال ضمن السيد الاقل من قيمته ومن الدين لان حق المكفول له تعلق بماليته
 فان الدين لا يجب علي العبد الا شاغلا لماليته وقد ظهر الوجوب في حق المولى باذنه له في
 الكفالة فاذا ألتفه بالاعتاق صار ضامنا ذلك للطالب والغريم بالخيار ان شاء اتبع العبد بالمال
 لكفالاته وان شاء اتبع السيد لا تلافه مالية الرقبة فان تبع العبد كان للعبد أن يتبع المكفول
 به ان كان كفل بأمره وان اتبع السيد كان للسيد أيضاً أن يتبع المكفول به ان كان
 المكفول به طلب من السيد أن يأمر عبده وان لم يكن طلب من السيد ولا من العبد
 لم يرجع عليه بشيء لانهما تبرعا بالاتزام والاداء عنه واذا كانت قيمة العبد التاجر ألفي درهم
 وعليه دين ألف درهم فأمره مولاه فكفل بالف درهم ثم استدان العبد بمد ذلك ألف درهم
 ثم باعه القاضى في الدين بألف درهم فان ثمنه يضرب فيه الغرماء الاولون والاخرون بدينهم
 كله ويضرب فيه أصحاب الكفالة بالف درهم مقدار الفارغ من قيمته عن الدين يوم كفل
 لان التزامه المال بالكفالة باذن المولى انما يصح بقدر الفارغ والفارغ يومئذ كان ألف درهم
 (ألا ترى) أن المولى لو أقر عليه بالدين لم يصح الا بقدر الفارغ من ماليته فكذلك اذا أذن
 له حتى كفل فاستدانته ملزمة اياه من غير أن يشترط فيه فراغ المالية فثبت عليه جميع ما
 استدانته فلماذا ضرب كل غريم من غرمائه بجميع دينه ولا يضرب المكفول له الا بألف
 درهم واذا كفل العبد وهو صبي بغير اذن سيده بنفس أو مال ثم عتق لم يلزمه من ذلك
 شيء لانه غير مخاطب والتزامه في حق نفسه غير صحيح (ألا ترى) انه لو كفل بعد ما عتق
 وهو صبي لم يلزمه بذلك شيء فكذلك قبله وان كان كفل باذن سيده فهو جائز عليه في

الرق وبعد العتق لما بينا أن اذن السيد في الكفالة بمنزلة اقراره عليه بالدين وذلك صحيح عليه في الرق وبعد العتق فكذلك هذا وهذا لان للمولى قولاً ملزماً على عبده وقوله على عبده ألزم من قول الاب على ولده ثم كل دين وجب على الولد باعتبار اذن والده كديون التجارة يكون الوالد مؤاخذاً به بعد البلوغ فكذلك ما يجب على العبد باذن السيد يكون مؤاخذاً به بعد العتق وان كفّل باذن سيده بدين يستغرق قيمته ثم كفّل بدين آخر يستغرق قيمته باذنه أيضاً لم يجز الدين الثاني لان شرط صحة هذا الالتزام فراغ المالية فما لم يقض بالاول لا يصير هذا الشرط موجوداً فلا يثبت الثاني وهو بمنزلة ما لو أقر السيد عليه بدين مستغرق قيمته ثم بدين آخر وكذلك ان كان الدين الاول من تجارته وان عتق قبل ان يقضي دينه لزمه الثاني لان المانع كان اشتغال المالية بحق الاول وقد زال ذلك المعنى بطلان المالية بالعتق فاستوت الديون عليه بعد العتق وان كان مولى العبد صبياً فاذن هو أو أبوه أو وصيه للعبد في الكفالة لم يجز أما الصبي فلانه لا يملك مباشرة الكفالة فكذلك لا يأذن فيه لعبده وليس للأب ولاية الكفالة على الصبي أولاً في ماله (ألا ترى) انهم لو أذنوا للصبي حتى كفّل لم يصح فكذلك اذا أذنوا فيه لعبد الصبي وكذلك ان كان مولاه عبداً تاجراً لانه لا يملك الكفالة بنفسه فلا يصح اذنه بذلك لعبده فان أذن المولى لعبده في الكفالة بنفس أو مال فان كان على العبد الاول دين مستغرق لم يجز لانه من كسبه كسائر الاجانب في حق التصرف ما لم يفرغ من دينه وان لم يكن على واحد منهما دين جاز لان الثاني خالص ملكه كالاول فكما تصح الكفالة من الاول باذن مولاه فكذلك من الثاني وان أمر السيد عبده ان يكفل بثلاثة آلاف درهم عن رجل وكفّل بها ثم استدان ثلاثة آلاف درهم وباعه القاضى بألفين فانه يشرب فيها أصحاب الكفالة بدينهم كله وأصحاب الدين بجميع دينهم لان الكفالة من العبد حصلت في حال فراغه من الدين فنفذت في الكل ثم اشتغاله بدين الكفالة لا يمنع وجوب الدين عليه بالاستدانة فيثبت الدينان فيضرب كل واحد من الغريمين في ثمنه بجميع دينه وهو كما لو أقر المولى عليه بثلاثة آلاف درهم ثم استدان العبد مثل ذلك واذا كفّل العبد وهو يساوي ألف درهم باذن سيده بألف درهم ولا دين عليه ثم كفّل بألف أخرى باذنه أيضاً لم تجز الكفالة الثانية لان بالكفالة الاولى اشغلت جميع مالية العبد بحق المكفول له وشرط صحة الكفالة فراغ المالية فاذا لم يوجد ذلك عند الكفالة الثانية لم يصح كما لو أقر المولى عليه بدين بشهر

قيمه ثم بدن آخر فان زادت قيمته حتى بلغت ألف درهم ثم كفل بألف اخري باذن مولاه فهو جائز لان شرط صحة الكفالة الثالثة قد وجد وهو فراغ المالية عندها بقدرها فان قيل اذا زادت قيمته لماذا لم تشتغل هذه الزيادة بالكفالة الثانية حتى لا تصح الكفالة الثالثة قلنا لان شرط صحة العقد انما تعتبر عند وجود العقد لانه يتعذر اعتبار ما بعده فان القيمة تزداد تارة وتنتقص أخرى فلهاذا صححنا باعتبار هذه الزيادة الكفالة الثالثة دون الثانية فان باعه القاضى بألفي درهم فانها تقسم بين المكفول له الاول والمكفول له الآخر نصفين لصحة هاتين الكفالتين ولا شيء للاوسط لانه كفل له وليس في قيمته فضل فلم تصح الكفالة له ولا مزاحمة بين الصحيح والفاسد وكذلك لو باعه بألف وخمسمائة أو بألف درهم لان الكفالتين يعني الاولى والثانية استوتوا في الصحة والمقدار فما يحصل من ثمن العبد قل أو كثر فهو بينهما نصفان حتى يستوفيا حقهما فان فضل شيء بان باعه بألفين وخمسمائة أو بثلاثة آلاف فالفضل للثانية لان هذا الفضل حق المولى والمولى قد رضى بصرفه الى الكفالة الثانية حين أمره ان يكفل بها (ألا ترى) ان العبد المديون لو كفل باذن مولاه ثم سقطت ديونه بالاداء يصرف كسبه ورقبته الى دين المكفول له فكذلك هنا واذا قال الرجل لرجل ما ذاب لك على فلان فهو على ورضى بذلك الطالب فقال المطلوب لك على ألف درهم وقال الطالب لي عليك ألفان وقال الكفيل مالك على شيء فالقول قول المطلوب لان الطالب يدعى عليه الزيادة وهو منكر ثم ما أقربه المطلوب يكون لازما على الكفيل لان القاضى يقضى عليه باقراره فيتحقق الذوب في هذا القدر بقضاء القاضى كما يتحقق ان لو قامت البينة فيكون ذلك لازما على الكفيل فان قيل في هذا الزام المال على الكفيل بقول المطلوب وقوله ليس حجة علينا ليس كذلك بل فيه ايجاب المال عليه بكفالاته لانه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد يحصل عليه باقراره فقد صار ملتزما بذلك بكفالاته وكذلك لو قال ما أقر لك به فلان من شيء فهو على وما صار لك عليه فهو على وهذا كله استحسان وفي القياس لا يجب على الكفيل شيء اذا أنكر الوجوب على المطلوب ما لم يتم البينة بذلك لما بينا ان الاقرار حجة في حق المقر خاصة فالثابت باقرار المطلوب ثابت في حقه دون غيره ولكننا ترك هذا القياس للتنصيص من الكفيل في الكفالة على ما يقر به المطلوب أو على ما يذوب عليه مطلقا من غير تقييد الذوب بشيء وكذلك لو قال ما قضى لك عليه فهو على الا أن هنا لا يلزم الكفيل حتى يقضى على المطلوب

بأقراره لانه كفيل بمال مقضى به فما لم يصير المال مقضيا به على المطلوب لا يتقرر الوصف الذي قيد الكفالة به ولو قال مالك عليه فهو على لم يلزم الكفيل شيء بأقرار المكفول عنه لانه كفيل بما هو واجب عليه وقت الكفالة وما بعد ذلك ثبت الوجوب عليه ولم يبين في حق الكفيل أنه صار واجبا وقت الكفالة لان الاقرار اخبار في حق المقر ولكن في حق الغير يحمل كالا نشاء بمنزلة اقرار المريض في حق غرماء الصحة بخلاف ما سبق فان هناك انما كفيل بما يقرب به في المستقبل أو بما يلزمه في المستقبل أو بما يقضى عليه به في المستقبل وذلك يثبت بأقراره حتى لو قال ما كان اقرب به لك فلان أمس فهو على فقال المطلوب قد اقررت له أمس بألف درهم ووجد ذلك الكفيل فلا شيء عليه لانه كفيل بمال سبق الاقرار به من المطلوب على الكفالة ولا يتبين ذلك بأقراره بعد الكفالة في حق الكفيل لانه منهم في ذلك فلا يجب على الكفيل الا ان يقيم البيعة على اقراره بذلك أمس فحينئذ الثابت بالبيعة كالثابت بالمعينة ولو قال ما أقر لك به من شيء فهو على فقامت عليه البيعة انه قد أقر قبل الكفالة بألف درهم لم تلزم الكفيل الا ان يقربها بعد الكفالة لان هذا اللفظ انما يدخل فيه اقرار يكون منه في المستقبل لا ما كان منه في الماضي وكأنه أورد هذا الفصل لايضاح الفرق الأول وماقضى به القاضى بنكوله عن المين لم يلزم الكفيل لانه انما كفيل بما يقرب به والنكول بدل عند أبي حنيفة رحمه الله وليس بأقرار وعندهما هو قائم مقام الاقرار لضرورة فصل الخصومة وذلك في حق الخصمين دون الكفيل فاذا لم يكن بمنزلة الاقرار في حق الكفيل لا يلزمه شيء واذا ادعى رجل قبل عبد دعوى فكفل مولاه بنفسه فهو جائز لانه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه وهذا الفصل في الكفالة بالنفس أقرب الى الجواز من غيره لان له ولاية على عبده بسبب ملكه فيقدر على تسليمه وكذلك كفالة المولى عن العبد بالمال جائزة لان العبد يصح أن يكون مطلوبا بالمال فلو كفله عنه أجنبي صح فكذلك مولاه فان قيل دين العبد مستحق القضاء من ماليته وهو ملك مولاه فأى فائدة في هذه الكفالة قلنا الفائدة شغل ذمة المولى اما بالمطالبة أو بأصل الدين واستحقاق قضائه من سائر أمواله وهذا اذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا أدى المال لا يرجع به على عبده وان أداه بعد عتقه لم يستوجب المولى عليه شيئا فان المولى لا يستوجب على عبده دينا وقد بينا أنه متى لم يجب عند الكفالة للكفيل على المكفول عنه لا يجب بعد ذلك وان أحال العبد غريبا له على مولاه بدينه على ان يبرأ العبد فوات المولى ولا مال له الا العبد وعلى العبد دين كثير فلم يحتال

له أن يرجع على العبد لأن مالية العبد مستحقة بديونه وقد مات المولى ولا مال له إلا العبد
 مفلساً ومن أصلنا أن الحوالة تبطل بموت المحتال عليه مفلساً على ما ندينه في بابه إن شاء الله تعالى
 وإذا بطلت الحوالة بموت دين المحتال له إلى العبد فيضرب بدينه في مالية العبد مع غرمائه وإن
 كفل المولى عن عبده بدين ثم أبرأ صاحب الدين المولى الكفيل كان فسخاً للكفالة وذلك
 لا يسقط الدين عن الأصيل (ألا ترى) أن قبل الكفالة كان المال واجبا على الأصيل
 فكذلك بعد انفساخ الكفالة يبقى المال على الأصيل وهذا بخلاف الهبة من الكفيل لأن الهبة
 تمليك فلا يمكن تصحيحه إلا بتحويل الدين إلى ذمة الكفيل فلماذا يسقط عن الأصيل فاما
 الإبراء فاسقاط محض واسقاط المطالبة دون أصل الدين صحيح فكان إبراء الكفيل اسقاطاً
 للمطالبة عنه فيبقى المال على الأصيل بحاله وإن أبرأ العبد برثاً جديماً لأن إبراء الأصيل اسقاط
 لأصل الدين وذلك يوجب براءة الكفيل ضرورة فإن كفل المولى بنفس عبده وضمن مآذابه
 عليه وغاب العبد تاجراً فإن المولى يؤخذ بنفسه لكفالاته ولا يكون خصماً فيما على العبد حتى
 يحضر العبد فيخاصم فإذا قضى عليه لزم المولى لأنه إنما ضمن ما يذوب على العبد بل ولا يتحقق
 الوجوب على العبد ما لم يقض عليه القاضي بحضرته وما لم يثبت ضمان المالك لا يكون هو
 خصماً فيه وقد سبق نظيره في الحر فكذلك في العبد سواء كان عليه دين أو لم يكن لأن
 المولى ليس بمخصم فيما على عبده بدون الضمان وإذا كان لرجل على عبد تاجر ألف درهم ولا آخر
 على ذلك الرجل ألف درهم فأحاله بذلك على العبد أو ضمنه العبد له بأمره فهو جائز لأنه لا يلتزم
 بهذه الحوالة والضمان شيئاً لم يكن عليه إنما يلتزم ما هو عليه فلا يتحقق معنى التبرع في هذا
 الالتزام وكذلك وصي الصبي لو استدان مالا وأنفق عليه ثم أمر الصبي بأن يضمن هذا المال
 جاز لأنه ليس بالزام للمال بل فيه التزام لما عليه كذا هنا وفي الحقيقة هذا أمر من غريم العبد
 للعبد بأن يدفع ماله عليه إلى غريمه أو يوكل غريمه في أن يقبض من العبد ماله عليه وكما يملك أن
 يطالب بنفسه بملك أن يوكل غيره (ألا ترى) أن المال لو كان عيناً في يد العبد للأمر فأمره
 أن يدفعه إلى مديونه صح فكذلك إذا كان ديناً في ذمته ولو كفل رجل بنفس عبد محجور
 عليه بأمره فإن الكفيل يؤخذ بالكفالة لأن العبد مخاطب وتسليم النفس عليه لجواب الخصم
 مستحق وإنما تأخر ذلك عنه لحق المولى فتصح الكفالة بذلك عنه كالمال فإن العبد المحجور لو
 أمر لانسأن بمال ثم كفل به عنه إنسان صح وليس لهذا الكفيل أن يتبع العبد بذلك حتى

يقتضى كما أن الطالب لا يطالبه بذلك حتى يمتنع فإذا أعتق أتبعه بكفالاته حتى يبرئه منها لأنه أمره بهذه الكفالة وأمره في حق نفسه صحيح فكان مطالبا به بعد العتق ولو كان على المكاتب مال لرجل فكفل به عنه لا آخر كان جائزا بخلاف كفالة المكاتب بالنفس أو بالمال فإن ذلك تبرع واصطناع معروف وهذا ليس بتبرع وإنما هو التزام مال أصله عليه ولا فرق في حقه بين أن يدفعه إلى الأول أو إلى الثاني فلهذا صححت الكفالة وإن أمر المكاتب عبده أن يكفل بمال على المكاتب فهو جائز لأن المكاتب ملتزم فصار هذا الدين من كسبه وعبده كسبه فليس في هذه الكفالة إلا استحقاق ما هو مستحق بخلاف ما إذا أمره أن يكفل عن غيره فإن ذلك التزام بطريق التبرع فيما ليس عليه ولا يملك المكاتب مباشرة بنفسه فكذلك لا يملك أن يأمر عبده به ولو أن رجلا طلب من مكاتب أو عبد تاجر أن يشتري له متاعا بمال مسحي ولم يدفع إليه شيئا فاشترى العبد كان شراؤه في القياس لنفسه دون الأمر لأنه ملتزم المال في ذمته بموضع يحصل للأمر فيكون هذا بمنزلة الكفالة (ألا ترى) أنه لو أمره بالشراء له بالنسيئة لم يصح فكذلك بالنقد وفي الاستحسان هذا جائز لأنه من صنع التجار وهو محتال إليه فإن من لا يعين غيره لا يمان ثم المشتري محبوس في يده حتى يستوفي الثمن من الأمر بخلاف الكفالة والشراء بالنسيئة وقد بينا هذا في كتاب الوكالة وذكر عن إبراهيم رحمه الله قال لا يجوز كفالة الرجل عن المكاتب بالمكاتب لمولاه وبه نأخذ لأن المكاتب عبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولأن ما للمكاتب على المكاتب بصفة لا يمكن إيجابه بتلك الصفة على الكفيل لأن المكاتب يتمكن من أن يسقط عن نفسه المال بأن يعجز نفسه ولا يمكن إثباته في ذمة الوكيل الكفيل بهذه الصفة ولو أثبتناه في ذمة الكفيل لا يثبتنا أكثر مما هو واجب في ذمة الأصل وذلك لا يجوز وكذلك لو كان للمولى عليه دين سوى مال الكتابة وكفل به رجل لم يجوز للمعينين الذين ذكرناهما فإن المكاتب إذا عجز نفسه فكما يسقط عنه بدل الكتابة فكذلك تسقط سائر ديون المولى وكذلك لو كان له مكاتبان كل واحد منهما مكاتب على حدة فكفل أحدهما بمال على صاحبه للمولى من الكتابة أو الدين لم يجوز لأنه كفالة لمكاتب ولا كفالة للمولى عن المكاتب وذلك غير صحيح من الحر فلا أن لا يصح من المكاتب كان أولى ولو كان بينهما مكاتب واحدة وجعل نجومها واحدة فإذا أديا عتقا وإن عجزا ردا كان ذلك جائزا استحسانا وفي القياس هذا لا يجوز لأنه كفالة لمكاتب ولأنه كفالة ببدل الكتابة

ولكنه استحسن فقال المولى جعلهما في هذا الحكم كشخص واحد فكانه الزم جميع المال كل واحد منهما ثم علق صاحبه بأدائه وله هذه الولاية ولهذا كان له أن يأخذ كل واحد منهما بجميع الكتابة الا أنه في حق ما بينهما اذا أدى أحدهما جميع البديل رجع على صاحبه بنصفه فاما في حق المولى فالمال عليهما كشيء واحد حتى انه لو أدى أحدهما نصيبه من البديل لا يعتق لان المولى ماضي بعقدهما ولا عتق أحدهما حتى يصل اليه جميع البديل واذا دان المولى أحدهما ديناً بعد الكتابة فكفل الآخر لم يجز لانه لم يكن على هذا الآخر من الدين شيء ولا تعلق عتقه بأدائه فكان هذا التزاماً منه بطريق التبرع ثم هو التزم الدين عن المكاتب لمولاه وذلك باطل بخلاف الاول فان عتقه تعلق بأداء ذلك المال فيجوز أن يكون هو ملتزماً بأداءه ولو كان للمكاتب مال على رجل فأمره فضمنه لمولاه من الكتابة أو من دين له سوى ذلك فهو جائز لان أصل ذلك المال واجب على الكفيل فهذا في الحقيقة أمر له منه بدفع ماعليه الى مولاه أو وكيل لمولاه أن يقبض دينه من غريمه وذلك مستقيم ولو كان للمولى دين على ابن المكاتب أو على رحم محرم منه أو على عبده فكفل به لم يجز لان من دخل في كتابته فهو مكاتب لمولاه وكفالة الرجل على المكاتب لمولاه باطلة ومن لم يدخل في كتابته فهو عبد للمكاتب والدين الذي للمولى على عبد المكاتب بمنزلة الدين له على المكاتب لان كل واحد منهما يسقط بمجرد المكاتب فكما لا تجوز الكفالة للمولى بماله على مكاتبه فكذلك بماله على عبد مكاتبه وان كفل به المكاتب عن عبده أو أم ولده جازلان كسبهما ورقبتهما كذلك (ألا ترى) انه اذا أدى بدل الكتابة يتقرر ملكه فيهما فكان الواجب على ملكه بمنزلة الواجب عليه وتبين بهذا انه بهذه الكفالة ليس ملتزم بالدين عليه بطريق التبرع وان كفل به عن ابنه أو عن أحد أبويه لم يجز أما اذا كان حراً فغير مشكل وكذلك ان كان داخلاً في كتابته لان من دخل في كتابته فهو بمنزلة المكاتب لمولاه (ألا ترى) ان بادائه يعتق كما يعتق المكاتب وان كان في الحال لا تصح منه الكفالة والتبرعات كما لا تصح من المكاتب فكفالة أحد المكاتبين عن الآخر باطلة وان كان المولى واحداً واذا مات مولى المكاتب وكفل رجل بماله عليه من الكتابة أو غيرها للورثة لم يجز لانهم قائلون مقام المورث فكما لا تصح كفالة هذا الرجل للمورث عنه في حياته فكذلك لو ارثه بعد وفاته * فان قيل الوارث لا يملك رقية المكاتب فلماذا لا تصح الكفالة قلنا هو بمنزلة المالك علي معنى انه اذا عجز كان مملوكاً له مع

أن المانع من الكفالة ضعف ذلك الدين في حق الاصيل حتى انه يسقط عنه اذا عجز نفسه وفي هذا لافرق بين المولى وبين وارثه بعد موته ولو كان للمكاتب دين علي بعض الورثة وكفل به رجل أو كفل بنفس المطلوب كان جائزا لان الاصيل مطلوب بهذا المال مطلقا فتصح كفالة الكفيل به (ألا ترى) أن المال لو كان للمكاتب علي مولاه لم يكن من جنس الكتابة وكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح فكذلك وارثه بعد موته واذا ادان العبد التاجر لمولاه ديناً ولا دين عليه وأخذ منه كفيلاً بذلك فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب الدين علي مولاه اذا لم يكن عليه دين فان دينه كسبه وكسبه ملك المولى ومن ملك ما في ذمته سقط ذلك عنه وان كان علي العبد دين فالكفالة جائزة لان كسبه حق غرمائه فيتحقق واجبا في ذمة المولى كما يتحقق واجبا في ذمة غيره فلهذا صححت الكفالة به عنه والكفالة بالنفس في ذلك مثل الكفالة بالمال لانه اذا لم يكن علي العبد دين فخصومته مع المولى لا تلزم المولى تسليم النفس اليه للجواب فلا تصح الكفالة بتسليم نفسه أيضا واذا كان عليه دين فانه يستحق علي المولى تسليم النفس للجواب فيصح الزامه بالكفالة أيضا وكذلك أخذ هذا الكفيل بنفس مولاه في خصومة شيء يدعيه قبله وكيفا في خصومته فهو جائز اذا كان عليه دين لان الجواب لما كان مستحقا علي المولى صح توكيله به وان لم يكن عليه دين فهو باطل لان الجواب غير مستحق له علي المولى فكذلك علي وكيله لان العبد اذا لم يكن عليه دين فحقه لمولاه ويكون هذا بمنزلة التوكيل من المولى عبده في ان يخاصم نفسه وذلك باطل وكذلك لو كفل الوكيل بنفس المولى وضمن ما عليه وهو مائة درهم فهو علي التقسيم الذي قلنا فان مات المولى وعلي العبد دين فللعبد أن يستوفي المال من الكفيل لصحة الكفالة ويرجع به الكفيل في تركة المولى لانه كفل عنه بأمره وأدى وكذلك لو كان المولى صبيا وقد أخذ أبوه أو وصيه لبعده في التجارة فاستهلك الصبي شيئا لبعده وعليه دين فضمن ذلك واجب عليه كمالوا استهلكه علي غريم العبد فاذا أخذ منه كفيلاً بالمال برضا الاب أو الوصي كان ذلك جائزا لانه دين مستحق عليه يؤمر الاب والوصي بقضائه من ماله فتصح كفالة الكفيل به واذا كان بأمر الاب أو الوصي رجع الكفيل عليه اذا أداه واذا كفل الكفيل للبعد بمال عن مولاه وعلي العبد دين فأدى العبد دينه برئ الكفيل من الكفالة لان صحة هذه الكفالة باعتبار الدين علي العبد حتى اذا لم يكن عليه دين لا تصح الكفالة فاذا سقط الدين فقد انعدم المعنى الذي

به كانت الكفالة وان عتق قبل أن يؤدي دينه ثم أداه من مال اكتسبه بعد العتق أخذ الكفيل بالمال لأن الأصل أن العبد المدين إذا أدى دينه بعد العتق من مال اكتسبه بعد العتق لا يكون متبرعا بالأداء ولكن يرجع بالمؤدى فيما اكتسبه قبل العتق وما اكتسبه قبل العتق هو الدين الذى له على مولاه فإذا لم يسقط ذلك الدين عن المولى بقى الكفيل على كفالاته وإن أداه من مال كان له فى الرق برىء الكفيل من الكفالة لأنه لا يستوجب الرجوع بالمؤدى فى كسبه فصار ما فى ذمة المولى حقا له فبالخلوص يسقط عنه وبراءة الأصل توجب براءة الكفيل وكذلك هذا الحرف فيما إذا أدى دينه فى حال الرق فإن ما فى ذمة المولى يخص له ويسقط عنه وبراءته توجب براءة الكفيل وكفالة الرجل للمكاتب بنفس مولاه أو بدين له عليه جائزة لأن المولى فى كسب مكاتبه أنفذ منه فى كسب عبده المدين وقد بينا صحة كفالة العبد عن مولاه إذا كان مديونا للمكاتب أولى وكذلك لو كفل بنفسه وضمن ما ذاب عليه أو جعله كفيلا بنفسه وكيفا فى خصوصته وهذا بخلاف كفالة المولى عن المكاتب لأن دين المولى على مكاتبه لا يقوى حتى يملك المكاتب اسقاطه بالتعجيز فامادين المكاتب على مولاه ققوى فإن المولى لا يملك اسقاطه إلا بالأداء فلماذا صحت الكفالة به وكذلك لو كفل عن المولى بدين لابن المكاتب أو أبعد من ذلك وابن المكاتب بمنزلة المكاتب لأن من دخل فى كتابته فهو مكاتب للمولى والمستسمى فى بعض قيمته بعد ما عتق بمضه بمنزلة المكاتب وفى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز كفالة أحد عنه بالسعاية لمولاه ولا بنفسه فإن قيل المعنى الذى لاجله لا تجوز الكفالة ببدل الكتابة عن المكاتب للمولى لأنه ضعيف يملك المكاتب اسقاطه بالتعجيز وهذا لا يوجد فى السعاية فإنه لا يملك اسقاطه بالتعجيز إذ ليس له أن يعجز نفسه فينبغى أن تصح الكفالة قلنا بل المعنى أن المكاتب عبدا لا يقوى دين المولى فى ذمته لأنه ليس للعبد ذمة قوية فى حق مولاه وهذا موجود هنا فالمستسمى عنده بمنزلة المكاتب لأن الرق يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يمتق نصيبه ما لم يؤد حق السعاية وكذلك العتق عند الموت إذا لم يخرج من الثلث فلزمته السعاية فهذه السعاية بمنزلة بدل الكتابة على معنى أنه لا يمتق إلا بأدائها فلا تصح الكفالة بها عند المولى وهذا بخلاف ما إذا أعتق عبده على مال فكفل كفيل للمولى بذلك المال صحت الكفالة لأنه عتق هناك بنفس القبول فكان المال دينا قويا فى ذمته كسائر الديون والمستسمى لا يمتق إلا بالأداء فلا يكون

المال لازما في ذمته بصفة القوة وهذا لان المتق في الاصل صلة وكل مال يحصل بأدائه المتق أو يتم بأدائه المتق يكون في معنى الصلة فلا تصح الكفالة به فاما الواجب بعد تمام المتق فليس فيه معنى الصلة فتصح الكفالة به واذا كان العبد التاجر بين رجلين فادانه أحدهما دينا وأخذ منه كفيلا به أو بنفسه فهو جائز غير انه لا يلزم الكفيل الا نصف المال لانه انما يجب على الكفيل بالكفالة ما هو واجب على الاصيل وهو العبد نصف المال لان حصة المولى المدينة لا تجب عليه فان المولى لا يستوجب الدين على عبده وانما ثبت بحصة نصيب الآخر وذلك نصف المال فوجب على الكفيل ذلك أيضا وكذلك لو كان العبد هو الذي ادان أحد موليه وأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالمال فهو جائز يؤخذ ان كان على العبد دين لان جميع الدين هنا ثابت للعبد على المولى الذي له النصف لانه غير مملوك والنصف الآخر لقيام الدين عليه وان لم يكن عليه دين ثبت نصف الدين عليه وهو نصيب المولى الآخر فاما نصيبه من كسب العبد في خالص حقه فتصح الكفالة عنه للعبد بالنصف هنا دون النصف الآخر وكذلك شريك المولى شركة مفوضة لو ادان العبد دينا فأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالدين فهو جائز غير انه يبطل من حصة المولى من الدين نصفها بقدر ملكه وما سقط عن الاصيل سقط عن الكفيل بقدره ولو كان للمولى شريك شركة عنان فادان العبد وأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالدين فهو جائز لان شريكي العنان فيما ليس من شركتهما كسائر الاجانب فكان جميع دينه مستحقا على العبد فتصح الكفالة ولو ان المولين جميعا اذانا العبد دينا واحدا بعقد واحد وفي صفقة واحدة فأخذنا منه كفيلا بالمال أو بنفسه فهو جائز غير انه يبطل منه مقدار حصته لانه لا يستوجب الدين على ملكه وبقدر ما يبطل عن الاصيل يبطل عن الكفيل ولو أن العبد ادان موليه دينا وأخذ منهما كفيلا به فهو جائز غير انه يبطل من كل واحد منهما نصف الدين لان نصف كسب العبد خالص كل واحد منهما اذا لم يكن على العبد دين ولو كان للعبد دين على رجل فكفل به أحد موليه أو كفل بنفسه فهو جائز يؤخذ به كله ان كان عليه دين لان كسبه حق غرمائه فالموليان منه كسائر الاجانب وان لم يكن عليه دين أخذ بنصفه لان نصف كسبه للمولى الذي كفل ولا يجب له بالكفالة على نفسه فلهذا كان له عليه الكفالة بقدر نصيب شريكه وان كفل له الموليان جميعا بمال وكل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فان كان على العبد دين فهو جائز لانه ان كفل به أحدهما جاز فكذلك اذا كفلا

به لانهما كسائر الاجانب في كسبه وأيهما أدى اليه المال رجع على صاحبه بتصفه ليستويا في غرم الكفالة كما استويا في أصل الكفالة وان لم يكن عليه دين بطل عنهما نصف هذا الدين لان كل واحد منهما مالك لنصف كسبه ولا يملك لنفسه بنفسه فلهذا بطل عنهما نصف هذا الدين ولا يكون كل واحد منهما كفيلا من قبل صاحبه لان كل واحد منهما انما يضمن بأصل الكفالة صاحبه فلا يجوز ان يصير صاحبه كفيلا عنه بذلك اذ يكون كفيلا بنفسه وذلك باطل ولو كفّل ما جازت فيه كفالة المسلم عن المسلم والذمي عن الذمي جاز لان الكفالة من المعاملات وأهل الذمة يستوون مع المسلمين في المعاملات ولو كفّل الذمي عن الذمي للذمي بالخر من قرض أو غصب أو استهلاك صحت الكفالة لان الخمر مال متقوم عندهم فان أسلم الطالب سقطت الخمر عن الاصيل والكفيل جميعا لا الي بدل لانه لا يستوجب الخمر ولا قيمتها ابتداء بهذا السبب على أحد فكذلك لا يتي ما كان واجبا له ويجعل باسلامه له كبرى الاصيل والكفيل جميعا وان أسلم المطلوب فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يجب على المطلوب قيمة الخمر ويبقى الكفيل على كفالته وهي رواية زفر رحمه الله وخالفه أبو حنيفة رحمه الله لان اسلام المطلوب لا يمنع وجوب قيمة الخمر عليه للذمي ابتداء (الآثرى) انه لو استهلك المسلم خمر ذمي أو استقرض من ذمي خمرًا فالتفها كانت مضمونة عليه بالقيمة فكذلك تبقى القيمة على المسلم للذمي وقد جعلنا الطالب باسلامه كالمبرئ والمطلوب لا يمكن ان يجعل باسلامه كالمبرئ لانه لا يبرئ نفسه وان لم يبرأ الاصيل لا يبرأ الكفيل فيكون للطالب الخيار ان شاء رجع على الاصيل بقيمة الخمر وان شاء رجع على الكفيل بالخر ثم الكفيل يرجع على الاصيل بقيمة الخمر ان كان كفّل بأمره ووجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ان الخمر التي هي بدل القرض اذا سقطت بالاسلام تسقط لا الي بدل كما اذا سقطت بالاسلام الطالب وكان المعنى فيه أن الطالب لو استوفى القيمة لكان به مملكا من المطلوب الخمر التي في ذمته ولا يجوز تملك الخمر من المسلم ببطل فتسقط أصلا لان حق اسقاط البطل متى كان متعلقا بشرط تملك المبدل فاذا امتنع ذلك يسقط أصلا كمن هشم ثوب فضة لانسان فلصاحب القلب ان يضمه قيمته من خلاف جنسه بشرط ان يملكه المشوم فاذا امتنع من ذلك لا يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا كان المطلوب مسلما وقت الاستقراض والاستهلاك فان أصل الخمر هناك لا تجب في ذمته ابتداء وانما تجب القيمة ولا

يشترط لوجوب القيمة ملك ما يقابله كمن غصب مدبراً أو أتلفه يضمن قيمته من غير ان يملك المدبر به فاذا سقطت عندهما الخمر عن المطلوب لا الى بدل برى الكفيل لان ابراء الاصيل يوجب براءة الكفيل ولو أسلم الكفيل خاصة سقطت الخمر عن الكفيل لا الى بدل في قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله ولكن براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل وكانت الخمر للطالب على المطلوب على حالها وعند محمد رحمه الله الطالب بالخيار ان شاء رجع على الكفيل بقيمة الخمر لانه مطلوب وان شاء رجع على الاصيل بالخمر فان أخذ من الكفيل قيمة الخمر لم يرجع الكفيل على الاصيل بشئ لانه مطالب في حق الاصيل واسلام الطالب يسقط الخمر لا الى بدل وان أسلموا جميعاً يسقط الخمر لا الى بدل لان في اسلامهم اسلام الطالب وزيادة وكذلك ان اسلم الطالب والكفيل أو الطالب والاصيل فان أسلم الكفيل والاصيل سقطت الخمر لا الى بدل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ويتحول الى القيمة عند محمد رحمه الله فاذا استوفاه من الكفيل لم يرجع الكفيل على الاصيل لانه طالب في حقه ولو كانت الخمر من ثمن بيع والمسئلة بحالها فان أسلم الطالب أو المطلوب سقطت الخمر لا الى بدل بالاتفاق لانفساخ البيع بينهما باسلام أحدهما قبل قبض الخمر وان أسلم الكفيل خاصة فالبيع يبقى على حاله ويسقط الخمر لا الى بدل من الكفيل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يتحول الى القيمة لان ما في ذمة الكفيل بمنزلة القرض ولو كانت الخمر سلماً والمسئلة بحالها فان أسلم الطالب والمطلوب سقطت لا الى بدل لانفساخ العقد بينهما وان أسلم الكفيل يبقى العقد بين رب السلم والمسلم اليه ولكن يبرأ الكفيل بالاتفاق لانه لا يجوز ان يتحول حق رب السلم الى القيمة ديناً في ذمته فان الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز ولو كانت الخمر صداقاً والمسئلة بحالها فنقول أما بيان قول أبي حنيفة رحمه الله فلصداق اما ان يكون خيراً أو خنزيراً بعينه أو بغير عينه فان كان بعينه وقد كفل به كفيل فهو صحيح لان الصداق مضمون بنفسه في يد الزوج والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة كالمفصوب وسواء أسلم الزوج والمرأة أو أحدهما أو أسلموا جميعاً فبقي حقها في العين كما ببناء في كتاب النكاح فيكون لها ان تأخذ المين من الزوج وان شاءت طالبت الكفيل بالتسليم لان لزوم لما بقي بالتسليم بعد اسلامه يبقى الكفيل مطالباً به أيضاً وان كان بغير عينه فان كان خيراً وأسلمت المرأة حقها في ذمة الزوج في قيمة الخمر ويبرأ الكفيل من

الكفالة لأنها طالبت وما في ذمة الكفيل بمنزلة بدل القرض فانه غير واجب بالنكاح بل
انما وجب بالكفالة فيسقط باسلام الطالب لا الى بدل فأما في ذمة الزوج فصدادق واسلامها
يحول الحق الى قيمة الخمر في صدق بغير عينه عند أبي حنيفة رحمه الله وان أسلم الزوج
حقها عليه في قيمة الخمر وان شاءت طالبت الكفيل بالخمر لان الاصيل ما برئ باسلامه بل تحول
الى للقيمة في حقه لتعذر تسليم عين الخمر عليه ولم يتعذر ذلك على الكفيل فان استوفت الخمر
من الكفيل لم يكن للكفيل ان يرجع على الزوج بشئ لانه بمنزلة المقرض من الاصيل وعند
أبي حنيفة رحمه الله اسلام المستقرض يسقط الخمر لا الى بدل وان أسلم الكفيل فانها ترجع على
الزوج بالخمر وقد رى الكفيل لان ما في ذمته بمنزلة القرض واسلام المطلوب عنده يسقط
الخمر لا الى بدل وان كان خنزيرا بغير عينه فان أسلمت المرأة فلها مهر مثلها على الزوج ولا شئ
على الكفيل من ذلك لان الخنزير قد سقط ومهر المثل دين حادث على الزوج والكفيل لم
يكفل به وان أسلم الزوج فكذلك الجواب لان الزوج قد برئ عن الخنزير أصلا فبرأ
الكفيل ببراءته ومهر المثل دين حادث على الزوج فليس على الكفيل منه شئ وان أسلم
الكفيل سقط عنه الخنزير لا الى بدل ولها على الزوج الخنزير أو قيمته على حاله فأما على قول
أبي يوسف رحمه الله فالجواب في الفصول كلها كما هو قول أبي حنيفة رحمه الله في الخنزير
بمينه وعلى قول محمد رحمه الله الجواب في الفصول كلها كجواب أبي حنيفة رحمه الله في الخمر
بغير عينها الا في فصاين (أحدهما) فيما اذا أسلم الزوج وأدى الكفيل عين الخمر فنجد محمد
رحمه الله يرجع الكفيل على الزوج بقيمة الخمر لانه مطلوب في حقه واسلام المطلوب عند
محمد رحمه الله يسقط الخمر الى القيمة (والثاني) فيما اذا أسلم الكفيل عند محمد رحمه الله فلها
الخيار ان شاءت رجعت على الزوج بالخمر وان شاءت على الكفيل بقيمة الخمر لان الكفيل
مطلوب في حقها واسلام المطلوب عنده يسقط الخمر الى القيمة ولو كفل الذمي بالخمر عن الذمي
لمسلم فهو باطل لان المسلم لا يستوجب الخمر ديناً على أحد ولا يكون له الخمر ايضاعينا مضمونة
على أحد الا تصح الكفالة بها له وكذلك ان كفل عن مسلم لذي بخمر لان الخمر لا يكون
ديناً في ذمة المسلم لاحد والكفالة بما ليس بواجب في ذمة الاصيل باطلة وكذلك لو كفل
مسلم لذي عن ذمي بخمر فهو باطل لان المسلم لا يلتزم الخمر بشئ من العقود لأحد فكذلك
بالكفالة لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم وكفالة الذمي بالخمر للعبد التاجر الذمي

والمكاتب الذي جائزة وان كان مولاها مسلما لانهما يتصرفان لا نفسيهما والمعتبر في التصرف في الخمر في حقهما دينهما لا دين مولاها فان كانا ذميين جازت الكفالة لهما بالخمر كما لو كانا حريين واذا كاتب الذي عبيد له ذميين على خمر مسماة وكل واحد منهما كفيل عن الآخر فأسلم احدهما صارت كلهما قيمة لان جواز العقد كان باعتبار انهما في هذا العقد كشخص واحد ولولا ذلك لم يصح لا اعتبار معنى الكفالة فاذا كانا كشخص واحد يجعل اسلام احدهما في حكم التحول من الخمر الى القيمة كاسلامهما * توضيحه انه لا يمتنع واحد منهما الا اذا أدى جميع البدل الى المولى ولو تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة ونقي نصيب النصراني منهما خمر التميز ما على احدهما مما على الآخر فيعتق احدهما باداء ما عليه وذلك خلاف شرط المولى فاما ان يبقى الكل خمر او يتحول قيمة وابقاؤه خمر بعد اسلام احدهما لا يصح فيتحول الكل الى القيمة وكذلك اذا كان عبد واحد مكاتب لذييين على خمر فأسلم احدهما لما بينا انه لا يميز نصيب احدهما عن نصيب الآخر وقد صح تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة فيتحول نصيب الآخر أيضا ضرورة ولو كاتب النصراني عبدا مسلما وعبدا نصرانيا على خمر وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه لم يجوز لانهما كشخص واحد في هذا العقد وقد بطل نصيب المسلم فكذلك النصراني اذ لو جوزنا العقد في نصيب النصراني لايبقى جعل المسلم كفيلة به والمولى ما رضى الا بذلك ولو غصب ذمي من ذمي خمر او خنزير او فلفل به عنه مسلم لم يجوز ان كانا قائمين لان المسلم كما لا يلتزم الخمر والخنزير في ذمته دينا بالعقد فكذلك لا يلتزم تسليم عيني الخمر والخنزير بالعقد وان كانا قد هلكا قبل الكفالة صارت الكفالة بما عليه من ضمان الخنزير ولم يجوز في الخمر لان الخمر مضمونة على الناصب بالمثل فالكفيل المسلم انما يلتزم الخمر في ذمته بالكفالة وذلك لا يجوز فاما الخنزير فمضمون بالقيمة والقيمة دراهم فصح التزام ذلك بالكفالة ولو كان الناصب مسلما جازت كفالته عنه في الخمر أيضا بعد هلاكها لان خمر الذي مضمونة على المسلم بالقيمة كالخنزير والقيمة دراهم فاذا كانت الكفالة تكون بالقيمة بعد هلاكها فهذا مسلم التزم دراهم هي دين على الاصيل بالكفالة وذلك صحيح

باب الكفالة بالمال

(قال رحمه الله) وفيه حديث أبي امامة رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله

عليه وسلم يقول العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى والزعيم غارم والمنحة نوع من العارية ولكن فيها معنى العطية فان من أعار غيره شاة او ناقة ليشرّب لبنها يسمى ذلك منحة ولهذا قلنا ان من منح غيره شيئا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدار والدابة والثوب يكون عارية ولا يكون منحة وان منحه شيئا لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة لا عارية والا عارة في مثله تكون قرضا وفيه دليل ان رد العارية على المستعير ورد المنحة على الممنوح له لان منفعة النقل حصلت له وقضاء الدين يستحق على المدين بقوله والدين مقضى ومقصوده آخر الحديث وهو قوله والزعيم غارم ممناه الكفيل ضامن أى ضامن لما التزمه من مال أو تسليم نفس على معنى انه مطالب به واذا كان لرجل على رجل الف درهم الى أجل فقال له رجل اذا حل أجل مالك على فلان فلم يوفك مالك فهو على أو قال ان حل فهو على فهو جائز على ما قال لان حلول المال على الأصيل سبب لتوجه المطالبة عليه والكفالة التزام المطالبة فيجوز اضافتها الى وقت توجد المطالبة به على الاصيل وتعليقها به وكذلك لو قال ان مات فلان قبل أن يوفك مالك فهو على لان موت المدين سبب لحلول الاجل وتوجه المطالبة بقضاء الدين فيجوز تعليق الكفالة به بخلاف ما اذا علقه بموت رجل آخر واذا ادعى الكفيل بعد موته أو بعد حلول المال ان المطلوب قد كان قضاء قبل ذلك لم يصدق لان السبب الموجب لتوجه المطالبة على الكفيل قد تقرر وقد يدعى مانعا مالم يظهر وهو قضاء المطلوب حقه ولو ادعى المطلوب ذلك بنفسه لم يصدق الا بحجة فكذلك اذا ادعاه الكفيل ولو كان حالا فقال ان لم يعطك فلان مالك فهو على فتقاضى الطالب المطلوب فلم يعطه ساعة تقاضاه فهو لازم الكفيل لان الشرط امتناع المطلوب من الاعطاء وانما يتحقق بعد ذلك التقاضى فكما تقاضاه وامتنع من الأداء فقد وجد شرط وجوب المال على الكفيل ولان مقصود الكفيل من هذا دفع مؤنة كثرة التقاضى عن الطالب فانه يتأدى بذلك وانما يحصل ذلك اذا صار الكفيل ملتزما عند امتناع المطلوب بعد التقاضى وذكر عن شريح رحمه الله أنه قضى بكفالة وقال ان الكفيل غارم وفيه دليل جواز الكفالة مطلقا لكن لا يكون مستحق التسليم حتى يتحقق ان الكفيل غارم له واذا كفّل الرجل عن رجل بمال فللطالب ان يأخذ به أيهما شاء وبمطالبة احدهما لا يسقط حقه في مطالبة الآخر بخلاف الناصب مع غاصب الناصب وقد بينا نوع فرق بينهما ونوع آخر وهو أن هناك الحق قبل أحدهما فيعين من عليه الحق

باختياره وهنا أصل الدين بعد الكفالة على الاصيل كما كان قبله (الآ ترى) انه يكتب في
 الصكوك لفلان على فلان كذا وفلان به كفيل وموجب الكفالة زيادة الحق للطالب في
 المطالبة وانما يتحقق ذلك اذا توجهت المطالبة له عليهما فلان تكون مطالبة احدهما مسقطه حقه في
 مطالبته الآخر فاذا أخذ الكفيل به كان للكفيل ان يأخذ المكفول به فيعامله بحسب ما
 يعامل وليس له أن يأخذ المال من الاصيل حتى يؤديه لانه قبل الأداء مقرض للذمة فلا
 يرجع بالمال حتى يؤديه حينئذ يصبر به متمسكا ما في ذمة الاصيل ولكن ان قضاء الاصيل
 فهو جائز لان أصل الوجوب ثبت للكفيل على الاصيل وان كان حق الاستيفاء متأخرا الى
 أدائه وتمجّل الدين المؤجل صحيح فاذا قبضه الكفيل وتصرف فيه كان مباح حلالا له لانه
 ملك المقبوض ملكا صحيحا فالربح الحاصل لديه يكون له ولو هلك منه كان ضامنا لانه قبضه
 على وجه اقتضاء الدين الذي له على الاصيل وعلى وجه الاقتضاء يكون مضمونا على المتقضى ولو
 اقتضاء الطالب من الذي عليه وهو الاصيل فله أن يرجع على الكفيل بما أعطاه لانه انما أعطاه
 ذلك ليسلم له به ما في ذمته بأن يؤديه الكفيل عنه فاذا لم يسلم له كان له أن يرجع عليه بما أعطاه
 ولو لم يكن دفعه الى الكفيل في الابتداء على طريق القضاء ولكن قال أنت رسولى بهالى
 فلان الطالب فملك من الكفيل كان مؤمنا في ذلك لانه استعمله حين يمث بالمال على يده الى
 الطالب ولو استعمل في ذلك غيره كان أمينا فيه فكذلك اذا استعمل الكفيل حتى اذا أداه
 المطلوب الى الطالب بعد ذلك لا يرجع على الكفيل بشيء وان أدى الكفيل الى الطالب رجع
 به على الاصيل فهلاك الامانة في يده كهلاكها في يد صاحبها ولو لم يهلك منه ولسكنه عمل به
 وربح أو وضع كانت الوضعية عليه لانه مخالف بما صنع والربح له يتصدق به في قول أبي حنيفة
 ومحمد رحمهم الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله يطيب له بمنزلة المودع اذا تصرف في الوديعة
 وربح ولو كان الدين طعاما فأرسل به الاصيل مع الكفيل الى الطالب فتصرف فيه الكفيل
 فربح فهذا الاول سواء ولو أعطاه الطعام اقتضاء عما كفّل به فباعه وربح فيه فان أبا حنيفة
 رحمه الله يقول الربح له ولو تصدق به كان أحب الى وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله
 يطيب له الربح فالحاصل أن الكفيل ان قضى الطالب طعامه فالربح يطيب له لانه استرجع
 على ملك صحيح له وان قضى المطلوب طعامه حتى رجع على الكفيل بالطعام الذي أعطاه فالربح
 يطيب للكفيل في رواية كتاب البيوع لان أصل ملكه كان صحيحا فبان وجب عليه الرد بعد

ذلك لا يمكن خبث في الربح وفي الجامع الصغير يقول يرد الاصل والربح على الاصيل عنده
 أبي حنيفة رحمه الله لانه انما رضى بتسليمه اليه بشرط ولم يسلم له ذلك الشرط ولكن مراده
 ان يفتى برد الربح عليه من غير أن يجبر عليه في الحكم وهنا قال يتصدق بالربح لانه يمكن فيه
 نوع خبث حين كان قبضه بشرط ولم يسلم ذلك الشرط للمعطى فيؤمر بالتصدق به على
 سبيل التقوى بخلاف ما تقدم من الدراهم فانها لا تمن في العقد فلم يكن ربحه حاصلا على عين
 المال المقبوض فاما الطعام يمين فانما ربح على غير المقبوض فيتمكن فيه الخبث من هذا الوجه
 واذا قال الرجل للرجل اكفل عني لقلان بكذا وكذا فهذا اقرار منه بالمال ان كفل به أو لم
 يكفل لانه امره بالكفالة عنه ولا تكون الا بعد وجوب المال على الاصيل فان الكفيل اما
 ان يلتزم المطالبة بما هو واجب على الاصيل أو يقرض ذمته على ان يثبت فيها ما هو واجب في
 ذمة الاصيل فيقتضى أمره بذلك الاقرار وجوب المال عليه والثابت بمقتضى النص كالنائب
 بالنص فكانه قال لقلان على الف درهم فاكفل بها عني واذا كان لرجل على رجل الف درهم
 الى أجل فكفل بها عنه رجل ولم يسمه في الكفالة الى أجل فالكفيل بها ضامن للاصيل وان
 لم يسمه لانه يلتزم المطالبة التي هي على الاصيل والمطالبة على الاصيل بهذا المال بمحل
 الأجل فكذلك على الكفيل أو يلتزم في ذمته ما هو ثابت في ذمة الاصيل والثابت في ذمة
 الاصيل مؤجل الى حنة فكذلك لو كان في ذمة الاصيل زيف تثبت في ذمة الكفيل
 بتلك الصفة وهنا بخلاف الشفيع اذا أخذ الدار بالشفعة والتمن مؤجل على المشتري لا يثبت
 الأجل في حق الشفيع لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وهو سبب مبتدأ لوجوب الثمن
 به على الشفيع فلا يثبت الأجل فيه الا بالشرط فاما الكفالة فليست بسبب لوجوب المال
 بها ابتداء ولكنها التزام لما هو ثابت فلا يثبت الا بتلك الصفة فان مات الكفيل قبل الأجل
 فهو عليه حال يؤخذ من تركته لانه بالموت استغنى عن الأجل ولانه يتصور لاجله الأجل
 بعد موته لان يدوارته لا تنبسط في التركة لقيام الدين وربما يهلك قبل حلول الأجل والأجل
 كان لمنفعة من عليه الدين فاذا أدى الى الضرر سقط ولكن لا يرجع ورثته على الذي عليه
 الاصيل حتى يحل الأجل لان الأجل باق في حق الاصيل لبقاء حاجته حتى لا يطلبه
 الطالب بشئ فكذلك وروثة الكفيل ولو مات الاصيل قبل الاجل حلت عليه الاستغناء من
 الاجل ولم يحل على الكفيل لبقاء حاجته الى الأجل وليس من ضرورة حلوله على الاصيل

سقوط الأجل في حق الكفيل (ألا ترى) أنه لو كان أصل المال حالا ثم أجل الكفيل فيما عليه صح وبقي المال على الاصيل حالا والثابت بالضرورة لا يمدو موضع الضرورة ولو كان لوجبل على رجل الف درهم حالة فكفل بها رجل الى سنة فهو جائز الى ذلك الأجل وهذا تأخير عن الذي عليه الأصل قال (ألا ترى) أنه لو كان عليه ذكر حق بالف درهم وفلان كفيل بها الى سنة كانت عليهما جميعا الى سنة وعن زفر رحمه الله ان المال على الاصيل حال لانه أجل الكفيل خاصة والتأجيل اسقاط للمطالبة الى غاية فاذا كان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فالتأجيل في حق الكفيل لا يمنع كون المال حالا على الاصيل وانكنا تقول انما أجل الطالب هنا أصل الدين لان الهاء في قوله فكفل بها الى سنة كناية عن أصل المال واطافة التأجيل الى أصل المال يثبت الأجل في حق الاصيل والكفيل جميعا حتى لو أجل الكفيل بما التزم بالكفالة يبقى المال حالا على الاصيل وهكذا يقول في البراء اذا اضافته الى أصل المال يكون ابراء لها واذا اضافته الى الكفيل خاصة يكون موجبا براءة الاصيل واذا كفل له بألف درهم لفلان على أن يعطيها اياه من وديعة لفلان عنده فهو جائز لانه قبل الالتزام بمحل مخصوص وهو ان يؤديه بما في يده وذلك صحيح في الكفالة والحوالة جميعا فان هلكت الوديعة فلا ضمان على الكفيل لانعدام الجناية ولا فرق في حقه بين التزام اداء الوديعة الى صاحبها أو غريم صاحبها بأمر صاحبها فاذا لم يضمن الوديعة فقد فات المحل الذي التزم فيه التسليم للطالب وقد بينا ان فوات المحل مبطل للكفالة ولو كان لرجل عند رجل الف درهم وديعة وعلى رب الوديعة ألف درهم دين وطلب من الذي عنده الوديعة التزام اداء ذمته بمحل مخصوص وهو تقييد مفيد في حقه حتى لا يكون ضامنا في ذمته شيئا بمد هلاك ذلك المال ثم ليس لصاحب الوديعة ان يأخذها من الكفيل لاعن حق الغريم وقد تعلق بها ولانه التزم اداء دينه منها بأمره ولا يتمكن من ذلك الا بعد كونها في يده فاذا هلكت برى الكفيل منها لما بينا والقول قوله في انها هلكت لانه بقي أمين في العين بمد هذه الكفالة كما كان قبلها فيكون مقبول القول في هلاكها وان اغتصبها اياه رب الوديعة أو اغتصبها اياه انسان آخر فاستهلكها برى الكفيل لما بينا ان وجوب الأداء عليه كان مقصورا على العين ما بقيت في يده فانه ما التزم في ذمته شيئا فاذا لم تبقى العين في يده لا يكون ضامنا شيئا وكذلك لو ضمن له ألف درهم على ان يعطيها اياه من ثمن هذه الدار فلم يعيها لم يكن عليه ضمان لانه التزم الاداء من محل مخصوص

وهو ثمن الدار ولا يحصل ثمن الدار في يده ما لم يبيع الدار وهو لم يلتزم بيعها على ذلك فلماذا لا يطالب بشيء ما لم يبيع الدار ويقبض الثمن ولو كفل رجل عن رجل بمال على أن يجعل له جملاً فالجمل باطل هكذا روى عن إبراهيم رحمه الله وهذا لأنه رشوة والرشوة حرام فإن الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال فلا يجوز أن يجب عليه عوض بمقابلته ولكن الضمان جائز إذا لم يشترط الجمل فيه وإن كان الجمل مشروطاً فيه فالضمان باطل أيضاً لأن الكفيل ملتزم والالتزام لا يكون إلا برضاء (ألا ترى) أنه لو كان مكرهاً على الكفالة لم يلزمه شيء فإذا شرط الجمل في الكفالة فهو مارضى بالالتزام إذا لم يسلم له الجمل وإذا لم يشترطه في الكفالة فهو راض بالالتزام مطلقاً فيلزمه وكفالة المرتد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله بنفس كانت أو بمال كسائر تصرفاته وكفالة المرتدة جائزة وأزمنت على الردة كسائر تصرفاتها فإنها لا تقبل بخلاف الرجل وهذا فرق ظاهر في السير فإن لحقت بدار الحرب وسيت بطلت الكفالة بالنفس دون المال لأنها لما لحقت وسيت فكأنها ماتت (ألا ترى) أن مالها لورثتها وموت الكفيل يبطل الكفالة بالنفس دون المال وفي الكتاب قال هي بمنزلة أمة كفلت بنفس لأن الكفالة بالنفس لما كانت لا تتحول إلى المال وقد صارت هذه أمة بالاسترقاق فكأنها كفلت ابتداءً وهي أمة فلا تطالب بذلك لحق مولاهما وأما الكفالة بالمال فقد تحولت إلى ما خلفت من المال وكان وارثها مطالباً بقضاء ذلك ولكن التعليل الأول أصح لما ذكر بعد هذا قال وإن اعتقت يوماً من الدهر لم تؤخذ بالكفالة بالنفس ولا بالمال وقد بطل السبي كل كفالة وكل حق قبلها ولو كان هذا بمنزلة ابتداء الكفالة منها وهي أمة كانت تؤخذ بذلك بعد العتق فعرفنا أنه لما تبدلت نفسها بالرق كان ذلك بمنزلة موتها على ما قيل الحرية حياة والرقية تاف فبطلت الكفالة بالنفس أصلاً وتحول المال إلى مال فلا يعود شيء من ذلك إليها بعد العتق ولو كفل مسلم بنفس مرتد في دين عليه فلحق بدار الحرب أو ارتد بعد الكفالة ولحق كان الكفيل على كفالاته وقد بينا هذا الفصل بفروعه في أول الكتاب فإن كانت امرأة فسيت بطلت الكفالة عنها بالنفس دون المال لأنها حين سويت فقد سقطت عنها المطالبة بالحضور فيسقط عن الكفيل ما التزم من الاحضار • توضيحه أنها لما تبدلت نفسها بالاسترقاق فكأنها ماتت وموت المكفول عنه بنفسه يبطل الكفالة ولكن الكفيل مأخوذ بقضاء ذلك الدين فإذا أداه رجع به فيما تركت في دار الإسلام لأنه دين مؤجل كان له عليها بمنزلة سائر ديونها فإن

لم يكن شيء تركت وأدى الكفيل ذلك ثم ان عتقت يوما لم يتبعها من ذلك بشيء لان السبي
أبطل عنها كل دين فان نفس المسي تبدل بالاسترقاق من صفة المالكية الى المملوكية والدين
لا يجب على المملوك الا شاغلا لليتة وهذا الدين حين وجب لم يكن شاغلا لشيء سوى الذمة
وقد تعذر إبقاؤه بتلك الصفة فلماذا سقط عنها وكذلك الذمة والذمة اذا انقضت العهد ولحقا
بالدار وقد كفل رجل عنهما بنفس أو مال فان الكفيل يؤخذ بذلك فان ماتا أو سبيا بطلت
الكفالة بالنفس دون المال فان أداه ثم عتقا لم يرجع عليهما به لما بينا في المرتدة ولا تجوز كفالة
المرتد عن الذمة بالخمر والخنزير لان حكم الاسلام باق في حق المرتد فانه مجبر على العود
الى الاسلام غير مقرر على ما اعتقده فكما لا تجوز كفالة المرتد بالخمر فكذلك كفالة المرتد
وعلى هذا لو استهلك المرتد خمر الذمة كان عليه قيمتها كما لو استهلكها مسلم فان كفله بها عنه
مسلم جاز لان القيمة الواجبة عليه دراهم أو دنانير ولو كفله مسلم لمرتد بنفس أو مال ثم لحق
المرتد بدار الحرب كان ورثته على حقه من الكفالة لانهم يخلفونه في حقوقه بعد لحاقه كما
يخلفونه في املاكه فان رجع ثانيا كان له ان يأخذ الكفيل بالنفس والمال لان ما كان قائما
من حقوقه يعود اليه اذا رجع ثانيا بمنزلة ما هو قائم من املاكه وان كان ورثته قد استوفوا
بقضاء القاضى فالكفيل من ذلك يرى بمنزلة ما هلك من ماله وهذا لان الاداء الى وارثه
بقضاء القاضى بمنزلة الاداء اليه فيبرأ الكفيل به وكفالة المستأمن والكفالة له بمال أو نفس
جائزة لانه من المعاملات وانما دخل دارنا بامان ليعاملنا في المعاملات يستوي بنا فان لحق
بداره ثم خرج مستأمنا فالكفالة بحالها لانه باللاحق صار من أهل دار الحرب حقيقة بعد
ان كان من أهلها حكما فهو قياس ما بينا في المرتد وان أسر بطلت الكفالة فيما له لان نفسه
قد تبدلت بالاسر وذلك مبطل لحقوقه ولم يخلفه ورثته في ذلك بخلاف المرتدة علي ما بينا
فاما فيما عليه فتبطل الكفالة بالنفس لتبدل نفسه بالاسر كما في المرتدة وبالمال كذلك هنا لان
في المرتدة المال يتحول الى ما خلفت وليس هنا محل هو خلف عنه فلماذا بطلت الكفالة
بالمال أيضا ومكاتب الحربى اذا كان مستأمنا في دار الاسلام وعنده بمنزلة عبيد أهل الذمة
ومكاتبهم في جميع ذلك لان في المعاملات هم بسبب عقد الضمان يكونون بمنزلة أهل الذمة
فكذلك عبيدهم ومكاتبهم والله أعلم بالصواب

باب كفالة الرهط بعضهم عن بعض

(قل رحمه الله) وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بهاعنه ثلاثة نفر وبعضهم كفيل عن بعض وكلهم ضامنون ذلك فهو جائز لأن كل واحد منهم كفيل عن الاصل بجميع المال وذلك جائز فإن الكفالة للتوثق بالحق وهو يحتمل التعدد ثم كفيل كل واحد منهم عن الآخرين بما لزمهما بالكفالة والكفالة عن الكفيل صحيحة لأن الكفيل مطلوب بما التزمه وشرط صحة الكفالة أن يكون المكفول عنه مطلوباً بما التزمه الكفيل لأن موجب الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل فإن أدى أحد الكفلاء المال كان له أن يرجع على الاصيل بالمال كله إن شاء لأنه أدى ما تحمّل عنه بأمره وإن شاء رجع على شريكه فإن الكفالة بثلاثي المال لانهم في حكم الالتزام بهذه الكفالة سواء فينبغي أن يستووا في الغرم وإن شاء أخذ أحدهما بالنصف لأنه إذا اتى أحدهما قال له أنا وأنت في غرم الكفالة سواء لانا جميعا كفيلا عن الاصيل وعن الثالث أيضا فبات نصف ما أدبت لتستوى في الغرم ثم إذا رجع عليه بالنصف رجعا على الثالث إذا لقياه بثلاث المال فيأخذان ذلك نصفين ليستوى هو بهما في عدم الكفالة ثم يرجعون على الاصيل بالمال كله لانهم كفّلوا عنه بأمره وأدوه ولو كان ثلاثة نفر عليهم ألف درهم وبعضهم كفيل عن بعض فأدى المال أحدهم فإن للمؤدى أن يرجع على كل واحد من الآخرين بالثلث إن شاء لأن كل واحد منهم أصيل في ثلث المال والمؤدى قد كفّل عن كل واحد منهم في ذلك الثلث بأمره وإن شاء رجع على أحدهما بالنصف أما الثلث فلأنه كفّل عنه وأدى وأما السدس فلأن المؤدى مع الذي لقيه كفيلا عن الثالث بما عليه وهو الثلث فينبغي أن يكون غرم هذه الكفالة عليهما على السواء فيرجع عليه بنصف هذا الثلث لتحقيق المساواة بينهما في الغرم ثم يرجعان على الثالث إذا لقياه بالثلث فيأخذان ذلك بينهما نصفين وفي الكتاب ذكر عن عبد الله بن الجلاب أنه باع قوما غنما على أن يأخذ أيهم شاء بحقه فأبى شريح رحمه الله ذلك وقال اختر أملاهم نخذه حتى تستوى منه حقت وانما أوردنا هذا لنبين أنه يجوز أن يكون المال عليهم ويكون بعضهم كفيلا عن بعض بما على كل واحد منهم لما في هذا من زيادة التوثق لحق صاحب الحق فإن بدون هذه الكفالة لم يكن له أن يطالب كل واحد منهم إلا بما عليه وهو الثلث وبعد هذه الكفالة له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال مع بقاء حقه في المطالبة الأصلية وهو أن يطالب كل واحد منهم بالثلث ولا فرق في هذا الحكم بين

ان يشترط ان يأخذ أيهم شاء بحقه كما ذكر في الحديث وبين ان يشترط ان بعضهم كفيل عن
بعض بالمال أو لم يقل بالمال لان ذلك معلوم بدلالة الكلام وان كان قال مليتهم على معدتهم
أو حيمهم على ميتهم فليس هذا بشيء ولا يطالب كل واحد منهم الا بثالث المال لان هذه
كفالة بالمجهول على المجهول ولا يدري من يفلس منهم ليكون المثل كفيلا عنه ولا من يموت
منهم ليكون المثل كفيلا عنه فان حرف على في هذه المسائل بمعنى عن كتوله تعالى اذا اکتالوا
على الناس يستوفون أي عن الناس وكفالة المجهول باطلة واذا كان لرجل على أربعة نفر ألف
درهم ومائتا درهم وكل اثنين منهم كفيلا عن اثنين بجميع المال فان للطالب أن يأخذ أي
اثنين منهم بجميع المال ان شاء وان يأخذ الواحد منهم سبعمائة وخمسين درهماً مأخذه اثنين منهم
بجميع المال فظاهر لان الكفالة كانت على هذه الصفة ان كل اثنين كفيلا عن جميع المال عن
الآخر فأي اثنين منهم شاء فهما كفيلا عن جميع المال وأما اذا أخذ الواحد منهم فقي ربع المال
وهو ثلاثمائة هو أصيل فيطالبه بذلك وفي الباقي وهو تسعمائة هو مع واحد من الآخرين
كفيل لان الشرط في الكفالة كان هكذا وانما يكون هو مطالب بالكل اذا التزم الكل بالكفالة
فاما اذا التزم الكل بالكفالة مع آخر لم يكن هو مطالب الا بالنصف وذلك أربعمائة وخمسون
فاذا ضمنت ذلك الى ثلثمائة يكون سبعمائة وخمسين فلهذا يأخذ الواحد بهذا المقدار فاذا
أدى أحدهم نصف المال ستمائة ففي هذا النصف هو مؤد عن نفسه فلا يرجع على أحد بشيء
منه وفي النصف الآخر وهو ثلثمائة هو مؤد عن شركائه بحكم الكفالة عنهم بأمرهم فان
شاء رجع عليهم جميعا وان لقي أحدهم رجع عليه بما تقي درهم لان ثلث هذه الثلثمائة وهو
مائة اذاها عنه فيرجع هو بها عليه بقي مائتا درهم وهو مع هذا الذي لقيه كفيلا عن
الآخرين بهما فيرجع عليه بمائة أخرى ليستويا في غرم الكفالة عن الآخرين فلهذا يرجع
عليه بمائتين وان لقي آخر كان لكل واحد منهما ان يرجع بستة وستين درهما وثلثين اما
ليستويا في غرم المائتين أولان كل واحد منهما مؤد عنه خمسين فيرجع بذلك عليه بقي مائة
أخرى هما مع هذا الثالث كفيلا عن ذلك عن الرابع وقد أديا فيرجعان عليه بثالث ذلك وهو
ثلاثة وثلث كل واحد منهما بستة عشر وثلثين فصار حاصل ما يرجع به كل واحد منهما عليه
ستة وستين وثلثين فان لقوا الرابع بعد ذلك رجع كل واحد منهم عليه بثلاثة وثلثين درهما
وثالث درهم لاهم أدوا عن الرابع قدر المائة فيرجع كل واحد منهما بثلاثها ولو كان أدى

النصف ولقي أحد هم فاخذ منه مائتي درهم ثم لقي صاحب المائتين أحد الباقيين فانه يأخذ منه خمسة وسبعين درهما لانه يقول له انما أديت المائة عن نفسي ومائة أخرى عنك وعن الرابع فانما أديت نصفها عنك والنصف الآخر الذي أديته عن الرابع انت معي فيه في الكفالة بذلك على السواء فأرجع عليك بنصف ذلك أيضا فلهذا يأخذ منه خمسة وسبعين فان لقي الاول الثالث أيضا أخذه باثنين وستين درهما ونصف لانه يقول له قد أديت عنك وعن الرابع مائة فأرجع عليك بنصف ذلك وذلك خمسون لانني أديتها عنك وأما الخمسون التي أديتها عن الرابع فنصف ذلك قد أخذه منك الثاني وهو خمسة وعشرون فرجوعنا بذلك عليه بقى خمسة وعشرون فأرجع عليك بنصف ذلك وهو اثناعشر ونصف لنستوى في غرم الكفالة عن الرابع فصار حاصل ما يرجع عليه باثنين وستين درهما ونصف درهم فان لقيهما الاوسط رجما عليه بمائة وثلاث بينهما نصفين ليستوا في الغرم في حق الخمسين التي كفلا بها عن الرابع فان لقوا الآخر بعد ذلك أخذوه بمائة درهم لانهم في الحاصل كفلاء عنه بالمائة وقد أدوا ف يأخذون ذلك منه ويقسمونه أثلاثا لان حاصل ما غرم كل واحد منهم عنه بعد هذه المراجعات ثلاثة وثلاثون وثلاث ولو كان الذي أدى النصف لقي الذي قبض الخمسة والسبعين فانه يأخذ منه نصفها لانا كنا قد اتفقنا مرة واستويننا في غرم الكفالة وقد بلغني انه وصل اليه شيء من الثالث فلا بد من ان يعطيني نصف ذلك لنستوى في الغرم كما استويننا في الغرم فاذا أخذ منه نصفها ثم لقي الذي أدى الخمسة والسبعين رجما عليه بمائة وخمسين وثلاث بينهما نصفان لانا قد بينا أنهما لو لقياه معا رجعا كل واحد منهما عليه بستة وستين وثلاثين فيكون جملة ما يرجعان به مائة وثلاثة وثلاثين وثلاثا والآن قد استوفينا منه مرة خمسة وسبعين فيرجعان بما بقى الى تمام مائة وثلاثة وثلاثين وثلاث وذلك ثمانية وخمسون وثلاث يأخذان ذلك بينهما نصفين ثم اذا لقوا الرابع اتبعوه بمائة كل واحد منهم ثلاثة وثلاثين وثلاث لما بينا ولو كان لرجل على ثلاثة رهط ألف ومائتا درهم وبعضهم كفلاء عن بعض ضامنون لها فأدى أحدهم المال رجعا على كل واحد من شريكه بثلاث مائة لانه في مقدار الثالث مؤد عن نفسه وفي الثلاثين هو مؤد عن شريكه بكفالاته عنهما بأمرهما فيرجع بذلك عليهما فان لقي أحدهما ورجع عليه بالثلاث لادائه ما يحمله عنه ونصف الثالث الآخر أيضا لانهما يستويان في الكفالة عن الثالث بهذا الثالث فيرجع عليه بنصفه ليستويا في غرم الكفالة

فان لقي أحدهم الغائب بعد ذلك وأخذ منه شيئا كان لصاحبه اذا لقيه أن يأخذ منه نصف ذلك بالمعنى الذى قلنا وهو انهما حين التقيا قد استويا في غرم الكفالة عن الثالث فينبغى ان يستويا في الغرم أيضا والذي أخذه أحدهما من الثالث غرم بسبب تلك الكفالة فيرجع عليه بنصفه ليستويا في الغرم أو لتبقى المساواة بينهما في الغرم كما هو موجب الكفالة واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجل ثم ان آخر كفل بها عن الأصيل أيضا فهو جائز يأخذ الطالب أيهما شاء بجميع المال لان كل واحد منهما التزم جميع المال بالكفالة عن الاصيل بمقد على حدة وذلك صحيح فان أصل الدين باق على الأصيل بعد الكفالة الأولى كما كان قبلها فان أخذ أحد الكفيلين فأداه لم يرجع على الآخر بشئ لانه ما كفل عنه بشئ وإنما كفل عن الأصيل بمقد باشره وحده فيكون رجوعه عليه ان كان كفل بأمره ولا يرجع على الكفيل الآخر بشئ وان لم يؤد واحد منهما شيئا حتى قال الكفيلان للطالب كل واحد منا كفيل عن صاحبه ضامن لهذا المال ثم أدى أحدهما المال فله ان يرجع على صاحبه بالنصف لانهما بالمقد الثانى جملا أنفسهما في غرم الكفالة سواء فان كل واحد منهما كفيل بالمال عن الاصيل وقد كفل عن صاحبه أيضا بأمر صاحبه فاذا ثبتت المساواة بينهما في الكفالة فينبغى أن يستويا في الغرم أيضا وذلك في أن يرجع على الآخر بنصف ما أدى ثم يرجعان على الأصيل بجميع المال واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه بأمره رجل ثم ان الطالب أخذ الكفيل بها فاعطاه كفيلا آخر بها ثم أداها الآخر الى الطالب لم يرجع بها على الأصيل لانه ما تحمل بها عن الأصيل ولا أمره الاصيل بهذه الكفالة وثبت حق الرجوع للكفيل عند الاداء بسبب الاصيل بالكفالة فانما يرجع على من أمره به وهو الكفيل الاول ثم الكفيل الاول يرجع على الأصيل لان اداء كفيله بأمره بمنزلة ادائه بنفسه ولانه قد أسقط عن الاصيل مطالبة الطالب بهذا المال بما أداه من مال نفسه الى الكفيل الآخر فكانه أسقط ذلك بأدائه الى الطالب وان كان كفل عن الذى عليه الاصل رجلا ولم يقل كل واحد منهما كفالت عن صاحبي فانه الطالب يطالب كل واحد منهما بالنصف لانهما التزما المال بمقد واحد فيكون كل واحد منهما ملتزما للنصف كالمشتريين أو المقرين لرجل عليهما بالمال وأيها أدى النصف لم يرجع على صاحبه بشئ لانه ما التزم عن صاحبه شيئا انما التزم عن الاصيل فيكون رجوعه عليه ان كان كفل عنه بأمره فان لم يؤد شيئا حتى قال للطالب

أنا شئت أخذت بهذا المال أو كل واحد منا كفيل ضامن بها فله أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان هذه الزيادة الحقة بالكفالة الأولى وقد صحت منهما فصارت كالمذكور في أصل الكفالة الأولى أخذ أيهما شاء بجميع المال وان اذاه أحد همارجع على صاحبه بالنصف ليستويا في غرم الكفالة كما استويا في كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فان لقي الطالب أحدهما فاشترط ذلك عليه مثل ذلك بأمر صاحبه فهو سواء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه وعن الاصيل ولا فرق بين أن يكون كفالة كل واحد منهما عن الاصيل ولو كتب ذكر حق على رجل بألف درهم وفلان وفلان كفيلا بهما وأيهما شاء أخذ بها وأقر المطلوب والكفيلان بذلك فهو جائز لان اضافتهما الاقرار الى المكتوب في ذكر الحق بمنزلة تصرفيهما بالمكتوب فان أدى أحد الكفيلين المال رجع على الذي عليه الاصل بجميع المال ان شاء وان شاء رجع على الكفيل الآخر بنصفه ثم يرجعان على الاصيل بجميع المال لان اقرار كل واحد منهم بالمكتوب في الصك بمنزلة أمر الاصيل لهما بالكفالة عنه وأمر كل واحد منهما لصاحبه بالكفالة عنه فثبتت المساواة بينهما في الكفالة بهذا الطريق واذا كان لرجل على عشرة رهط ألف درهم وجعل كل أربعة كفلاء عن أربعة بجميع المال فهو جائز لما قلنا وله أن يأخذ أى أربعة شاء بالمال كله لانهم هكذا التزموا بالكفالة فان أخذوا احدا منهم رجع بثلاثمائة وخمسة وعشرين لانه في المائة أصيل وفي الباقي وهو سبعمائة هو مع ثلاثة نفر كفيل عن الباقيين فظنه ربع ذلك وذلك مائتان وخمسة وعشرون وان أخذ اثنين أحدهما سبعمائة لانهما في المائتين أصيلان وفي الباقي وهو ثمانمائة هما مع آخرين كفيلا عن الباقيين فظنهما النصف وهو أربعمائة وان أخذ ثلثمائة منهم أخذهم ثمانمائة وخمسة وعشرين أمام مقدار ثلثمائة بحكم الاصل فان كل واحد منهما أصيل في مائة والباقي وهو سبعمائة هم مع آخر كفلاء بذلك عن الباقيين فظنهم ثلاثة ارباع ذلك وهو خمسمائة وخمسة وعشرون فان أخذ واحدا منهم فأدى ربع الالف فان مائة منها حصته لانه أصيل فيها والاصيل فيما يؤدي عن نفسه لا يرجع على أحد وفي مائة وخمسين هو مؤد عن أصحابه حصة كل واحد منهم من ذلك التسع فان لقيمهم جميعا رجع على كل واحد منهم بقدر ذلك من تسعمائة وخمسين ستة عشر وثلثان واز لقي أحدهم رجع أحدهم بستة عشر وثلثين لانه أدى عنه هذا القدر ويرجع عليه بنصف ما بقي والباقي مائة وثلاثة وثلاثون وثلث نصفه ستة وستون وثلثان يرجع عليه بذلك ليستويا في غرم الكفالة

فأنهما مستويان في الكفالة عن الباقيين فينبغي أن يستويا في الغرم بسببه أيضا فاذا أدى ذلك إليه ثم لقي الآخر منهما أحد الباقيين أخذه بنصف تسع الخمسين والمائة لانه مع الأول قد أديا عنه التسع فنصفه من ذلك نصف التسع فيرجع عليه أيضا بنصف ثلاثة اتساع ونصف لانه مع هذا الذي لقيه مستويان في الكفالة فينبغي أن يستويا في الغرم عن السبعة الباقيين وهذا قد أدى عنهم ثلاثة اتساع ونصف فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا في غرم الكفالة فان لقي الأول الاوسط بعد ما قبض هذا رجع عليه بنصف ما أخذه كله للمعنى الذي بينا انهما حين التقيا استويا في غرم الكفالة ثم وصل الى أحدهما بعد ذلك شيء وأخذ الآخر منه نصفه ليستويا في الغرم أيضا فان لقي الآخر بعد ذلك وهو الثالث رجما عليه بتمام ثلاثة اتساع وثلاث تسع حصته من ذلك التسع لانهما تحملاه عنه وتسعان وثلاث للمساواة في غرم الكفالة لانهم مع آخر كفلاء عن الباقيين فينبغي أن يستويا في غرم الكفالة (الآ ترى) انهما لو لقيا الثالث مما كان رجوعهما عليه بتمام ثلاثة اتساع وثلاث تسع فكذلك اذا أخذ أحدهما منه بعض ذلك ثم لقيه رجما عليه بذلك واذا كان لرجل على ثلاثة رهط ألف درهم وبعضهم كفلاء عن بعض بها فأدى أحدهم مائة درهم لم يرجع على صاحبه شيء لانه في قدر تلك المال أصيل فما يؤديه يكون أصيلا فيه فلا يرجع على أحد شيء اذا كان المؤدى بقدر الثلث أو دونه وان قال انما أديت هذا عن صاحبي أو عن أحدهما لم يكن له ذلك على وجهين أحدهما ان فيما هو أصيل المال ثابت في ذمته وفيما هو كفيل هو مطالب بما في ذمته غيره من المال والمؤدى ماله فيكون إيقاعه من المال الذي عليه ليسقط عنه به أصل المال أولى لان هذا الطريق أقصر فانه اذا جمل المؤدى من غيره احتاج الى الرجوع واذا جعل مؤديا عن نفسه لا يحتاج الى الرجوع على أحد ولانه ان جمل المؤدى عن صاحبه كان لهما ان يقولأدأوه بالكفالة بأمرنا بمنزلة أدائنا ولو أدينا كان لنا أن نجمل المؤدى عنك فلا يزال يدور هكذا فلهذا جعلناه الى تمام الثلث مؤديا عن نفسه وهذا بخلاف ما اذا كاتب عيدا له على ألف درهم على ان كل واحد منهم كفيل ضامن عن الآخرين ثم أدى أحدهم شيئا لا يكون المؤدى عن نفسه خاصة بل يكون عنهم جميعا لان هناك لو جعلنا المؤدى عن المؤدى خاصة لكان يمتق اذا أدى مقدار نصيبه براءة ذمته عما عليه من البذل والمولى مارضى بمتق واحد منهم الا بعد وصول جميع المال اليه ففي جملة عن نفسه يعتبر شرط مذكور في المقدار نصا وذلك لا يجوز فلهذا جعلناه

المؤدى من نصيبهم ولا يوجد مثل ذلك هنا وهذا أيضا بخلاف ما اذا كان المال على واحد فكفل به ثلاثة على ان بعضهم كفلاء عن بعض ثم أدى أحدهم شيئا كان له ان يرجع على صاحبيه بشئ ما أدى وان شاء رجع على أحدهما بنصف ما أدى لان هناك أصل المال على غيرهم وهم يلتزمون له بالكفالة فكان حالهم في ذلك على السواء ولو رجع على شريكه بشئ ما أدى لم يؤد ذلك الى الدور لانهما لا يرجعان في ذلك عليه بشئ من ذلك بخلاف ما نحن فيه على ما قدرنا فان أدى زيادة على الثلث كانت الزيادة على صاحبيه نصفين لانه في الزيادة على الثلث مؤد بحكم الكفالة وهو كفيل عنهما ولو رجع بذلك عليهما لم يكن لهما ان يرجعا عليه بشئ ففراغ ذمته عما عليه بأدائه وان أراد ان يجعل الزيادة عن أحدهما دون صاحبه لم يكن له ذلك لان المال واحد وهو دين في الذمة لا يتحقق فيه التمييز فتلقو نيته عن أحدهما فان لقي أحدهما أخذه بنصيبه من الزيادة وهو النصف لانه أدى عنه ذلك وبنصف ما أدى عن الآخر أيضا لانه مع هذا الذى لقيه كفيل عن الآخر بما عليه فينبغي ان يستويا في غرم الكفالة وذلك في ان يرجع عليه بنصف ما أدى عن الآخر واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه رجلان على ان يأخذ الطالب أيهما شاء فأدى أحدهما مائة فقال هذه من حصص صاحبي الكفيل معى لم يكن على ما قال ولكنها من جميع المال يرجع على صاحبه بنصفها لان بهذا اللفظ يصير كل واحد منهما مطالبا بجميع المال وبصير كل واحد منهما ضامنا للاصيل عن صاحبه فاذا جعل المؤدى ما أدى عن صاحبه كان لصاحبه ان يجعل ذلك عنه فيؤدى الى الدور ولكن الوجه فيه انهما لما استويا في الغرم وذلك في ان يرجع على صاحبه بنصفها وان شاء على الاصيل بجميعها واذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فلزمت أحدهما فاعطاه بها كفيلا ثم أداها الكفيل فله ان يرجع بها على الذى أمره بالكفالة خاصة لان الذى أمره بالكفالة مستقرض لذمته ابتداء بالتزام المطالبة فيها ولما له بإداء ما التزم وثبوت حق الرجوع للمقرض على المستقرض لا على غيره والغريم الذى لم يأمره بالكفالة لم يستقرض منه شيئا فحقه يحصل كأنه لم يأمره أحد بالكفالة فهذا لا يرجع المؤدى عليه ولكن اذا رجع على الذى أمره بالكفالة فاخذها منه كان لا مراءى يرجع على صاحبه بالنصف لانه صار مؤديا للمال بطريق الاستقراض الذى قلنا وقد تم ذلك بأدائه ما استقرض وهو في النصف كان كفيلا بأمره فيرجع عليه بعد الاداء كما لو كان أدى بنفسه الى الطالب وان كانا طالبا اليه

أن يكفل بها عنهما ففعل ولم يشترط عليه أن بمضهم كفلاء عن بعض فأداها الكفيل عنهما
رجع على كل واحد منهما بالنصف لأنه لما التزم بالكفالة المال عنهما جملة كان كفيلا عن كل
واحد منهما بنصف المال كما هو قصد مطلق الاضافة الى اثنين وعند الأداء انما يرجع كل
واحد منهما بما كفل عنه ولأن كل واحد منهما في النصف أصيل وكفالاته عنه انما تكون
فيما هو أصيل فيه ولو كان في الشرط حين كفلا بمضهم كفلاء عن بعض فأدى الآخر
الالف فان شاء رجع على كل واحد منهما بنصف ما أدى اذا لقيهما وان شاء رجع على
أحدهما اذا لقيه بثلاثة ارباع ما أدى أما النصف فلا أنه كفل به عن هذا الذي لقيه وأداه
فيرجع به عليه وأما النصف الآخر فلا أن المؤدي مع الذي لقيه كفيلا به عن الآخر اذا
هو موجب الشرط المذكور في قوله على ان بمضهم كفلاء عن البعض فينبغي أن يستويا في
الغرم بسبب هذه الكفالة وذلك في أن يرجع بنصف ذلك ثم اذا لقي الثالث رجعا عليه
بنصف المال لانهما أديا ذلك عنه بكفالة تلزمه فيكون ذلك بينهما نصفين واذا كان لرجل
على رجل ألف درهم وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه بها فأخذ الطالب أحدهما فأعطاه
كفيلا بالمال كله ثم أخذ الآخر فأعطاه ذلك الكفيل بالمال ثم أدى الكفيل المال فله أن
يرجع على أيهما شاء بالالف كلها لأن كل واحد منهما كان مطلوبا بجميع المال والكفيل
كفيل عن كل واحد منهما بجميع المال بمقد على حدة فعند الأداء كان حق البيان اليه يجمل
ادائه عن أيهما شاء فيرجع عليه بالكل وهو نظير ما لو كان لرجل على رجل ألف درهم في صك وبه
رهن وألف في صك آخر وبه رهن آخر فأدى ألف درهم كان له أن يجمل ذلك عن أي
الصكين شاء فيسترد ذلك الرهن فكذلك اذا أدى الكفيل هنا (الأنزى) أنه بعد كفالاته عنه
لو أدى كان له أن يرجع بالكل عليه فلا يتغير ذلك الحكم بالكفالة عن الثاني ولكن يثبت
في حق الثاني ما هو ثابت في حق الأول لاستوائهما في المعنى فان لم يؤد شيئا حتى لزهم
الطالب فجعل بمضهم كفلاء عن بعض ثم أداها الكفيل ثم أخذ أحدهما رجع عليه بثلاثة ارباع
المال لأن هذه الكفالة الاخيرة تنقض ما كان قبلها لأن التي كانت قبلها في عقدين مختلفين
والكفيل كفيل عن كل واحد منهما بالكل وهذا الثاني عقد واحد وكل واحد منهم فيه
كفيل مع صاحبه عن الآخر فاقدامهم على العقد الثاني يكون نقضا منهم لما كان قبله وتتمام
ذلك العقد كان بهم واليهم نقضه أيضا بمنزلة ما لو باعه شيئا بالف درهم ثم جدد بيعا بالعين

ينتقض البيع الأول بالبيع الثاني فإذا ثبت هذا صارت هذه المسئلة بمجالها والمسئلة الاولى سواء لان الكفيل الآخر يرجع على أحدهما بنصف ما أدى لكفالاته عنه وبنصف النصف الآخر لانهمما مستويان في الكفالة عن الثالث بهذا النصف وإذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجلان على ان بعضهم كفيل عن بعض ثم ان الطالب لزم أحد الكفيلين فأعطاه كفيلا بالمال ثم لزم الآخر فأعطاه هذا أيضا كفيلا بالمال ثم أدى الكفيل الآخر فانه يرجع به على أيهما شاء لان الكفالة عن الكفيلين بمنزلة الكفالة عن الاصيلين وهنا كل واحد من الكفيلين مطالب بجميع المال وقد بينا ان هناك لفرق المقد في كفالاته عنهما له أن يرجع على أيهما شاء بجميع المال فهذا مثله وليس له أن يرجع على الاصيل بشيء لانه ما أمره بالكفالة عنه ولا يقال أصل المال على الاصيل حتى لو برى هو برى الكفيل الآخر وهذا لان الرجوع عليه عند الاداء ليس باعتبار أن أصل المال عليه بل بأمره اياه بالكفالة فاذا لم يأمره بالكفالة لم يكن له حق الرجوع عليه بشيء ولو لم يؤد شيئا حتى أخذ الطالب الكفلاء فجعل بعضهم كفيلا عن بعض ثم أدى الآخر المال كان له أن يرجع على أحده الكفيلين بثلاثة أرباع المال لما بينا أن هذه الكفالة تنقض الكفالة الاولى فيكون الحكم لهذه فان قيل هذه الكفالة ينبغي لاحدهما أن يكون رجوعه على الآخر بنصف ما أدى لان واحدا من الثلاثة ليس بأصيل بالمال فيكون بمنزلة ماله كفل ثلاثة نفر عن الاصيل على ان بعضهم كفلاء عن بعض قلنا هذا ان لو صار الآخر كفيلا عن الاصيل مع الاولين بمنزلة ماله كفلا عنه في ابتداء ولم يصير كذلك هنا بل بقي كفيلا عن الاولين وانما انتقض حكم الكفالة الاولى فيما بينهما وبين الكفيل الآخر لانه قبل هذا كان كفيلا عن واحد منهما بجميع المال وحده والآن صار كفيلا عن كل واحد منهما بالنصف وهو مع صاحبه في الكفالة عن الآخر بالنصف سواء فهذا كان رجوعه عليه بثلاثة أرباع ما أدى ولو لم يؤد حتى لقي الكفلاء الثلاثة والذي عليه الاصل فجعل بعضهم كفلاء عن بعض بالمال ثم أدى الكفيل الآخر المال فانه يرجع على صاحبه بالثلثين وان لقي أحدهما رجوع عليه بالنصف لان بهذه الكفالة انتقض ما كان قبلها في حق الكل وقد صار الكفيل الاول والآخر كفيلين عن الاصيل بهذه الكفالة كالاولين فكان هذا بمنزلة ماله كفل عنه ثلاثة في ابتداء على أن بعضهم كفلاء عن بعض فهناك اذا أدى أحدهم رجوع على صاحبيه بثلاثي ما أدى وان لقي أحدهما رجوع عليه بنصف

مأدى فكذلك هنا وكذلك لو أدى المال أحد الكفيلين الاولين رجع على كل واحد منهما بالثلث وعلى أحدهما ان لقيه بالنصف لان الاولين والآخر في هذه الكفالة التي هي ثابتة بينهم الآن سواء وانما كان الاختلاف بينهم في الكفالة المتقدمة وتلك قد انتقضت واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بهاعنه ثلاثة رهط وبعضهم كفلاء عن بعض بجميع الالف فأدى أحد الكفلاء المال ثم لقي أحدهم فأخذ منه نصف ما أدى ثم ان الاول لقي الذي لم يؤد شيئا وأخذ منه خمسين ومائتين فانهما يؤديان الى الاوسط مائة وستين وثلثين لانهم في غرم الكفالة سواء فينبغي ان يكون الغرم على كل واحد منهم بقدر ثلث الالف والاوسط قد غرم خمسمائة فيرد عليه مائة وستة وستين وثلثين حتى يبقى عليه غرم ثلث الالف ولم يتبين كيفية ادائهما هذا المقدار وهو الالف وانما يؤديان نصفين كل واحد منهما ثلاثة وثمانين وثلثا لان الآخر قد غرم مائتين وخمسين للاول فيدفع الى الاوسط ثلاثة وثمانين وثلثا حتى يكون الغرم عليه بقدر ثلث الالف والاول قد أوصل اليه سبعمائة وخمسين فيدفع الى الاوسط ثلاثة وثمانين وثلثا حتى يبقى المائد اليه ثلثا ما أدى ويكون الغرم عليه بقدر ثلث الالف فاذا فعلوا ذلك رجعوا جميعا على الاصيل بالالف بينهم أثلاثا واذا كانت لرجل على رجل الف درهم فكفل بها رجل ثم ان الكفيل طلب الرجل فضمنها عنه للطالب ثم ان الطالب أخذهم جميعا حتى جعل بعضهم كفلاء عن بعض ثم ان الكفيل الاول أدى المال فانه يرجع على الكفيل الآخر بنصف المال لان الكفالة الاخيرة نقضت الكفالة الاولى فان موجب الكفالة الاولى الاخير كفيل عن الكفيل الاول دون الاصيل وهو في الكفالة الثانية يصير كفيلا عن الاصيل وعن الكفيل الاول وكذلك موجب الكفالة الاولى ان الكفيل الاول لا يكون كفيلا عن الآخر وفي هذه الكفالة الاخيرة الكفيل الاول يصير كفيلا عن الاخير واذا انتقضت الكفالة الاولى كان الحكم للاخيرة وهما فيها مستويان في الكفالة عن الاصيل فيرجع المؤدى على صاحبه بنصف ما أدى ليستويا في الغرم بسبب الكفالة ولو كان لرجل على رجلين الف درهم وكل واحد منهما ضامن بذلك ثم اعطاه أحدهما كفيلا بالمال ثم أخذ الآخر فاعطاه أيضا ذلك الكفيل كفيلا بالمال ثم أدى الكفيل الالف رجع بها على أيهما شاء لانه كفيل كل واحد منهما بجميع المال بمقد على حدة وان لم يؤد شيئا حتى أخذهم الطالب فجعل بعضهم كفلاء عن بعض بالمال ثم ان الكفيل أدى الالف فانه يرجع على أيهما شاء بثلاثة

أربع الألف لأن هذه الكفالة الأخيرة تنقض الكفالة الأولى وفي هذه الكفالة الأخيرة الكفيل يصير متحملاً عن كل واحد منهما نصف المال ويكون هو مع الآخر في الكفالة عن الثالث بنصف المال سواء فلماذا رجع عند الأداء على أحدهما بثلاثة أرباع الألف فإن لقي الآخر بعد ذلك فأخذ منه مائتين وخمسين كان للذي أدى الثلاثة الأرباع أن يرجع عليه بنصف ما أخذ من هذا الآخر لأنها قد كانا استويا في غرم الكفالة مع الآخر فينبغي أن يستويا في الغنم وهو المأخوذ من الباقي وإنما تتحقق المساواة في أن يؤدي إليه نصف ذلك ولو لم يؤد الكفيل شيئاً ولكن أدى أحد الأولين المال فله أن يرجع على الكفيل بمائتين وخمسين لأنه في نصف المال أصيل يؤد عن نفسه فلا يرجع به على أحد وفي النصف الآخر هو مع الكفيل في الكفالة عن الثالث فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا في غرم الكفالة فإن لقي الأول صاحبه الذي كان معه في الألف فأخذ منه مائتين وخمسين أخرى رد على الكفيل نصفه ليستويا في الغنم ثم يتبع هو الكفيل الآخر الأول بمائتين وخمسين أخرى ويتقسمان ذلك نصفين وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه رجلان أحدهما مكاتب أو عبد فانه يجوز على الحر وحده النصف لأنها كفل جميعاً عنه بالمال فقد صار كل واحد منهما كفيلاً بالنصف وكفالة المكاتب والعبد غير صحيحة في حال الرق كما لو تفرد بها فتبقي كفالته في نصيبه وهو النصف ولا يقال لما لم تتحقق المزاحمة فينبغي أن يحمل الحر كفيلاً بجميع المال لانا نقول المزاحمة في أصل الكفالة متحققة فإن كفالة العبد والمكاتب صحيحة في حق أنفسهما حتى يطالبان بذلك بعد العتق وإنما لا يصح في حق المولى فهذا كان على الحر نصف المال وعلى العبد والمكاتب النصف بعد العتق ولو كان اشترط أن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فعنق العبد وأدى المال كله كان له أن يرجع على الحر بالنصف ثم يتبعان الذي عليه الأصل فما أدى إلى واحد منهما شره فيه الآخر لأن العبد حين عتق فقد سقط حق المولى والمالك من كفالته قيام حق المولى في ماليته فإذا سقط ذلك كان هذا بمنزلة الكفالة من حرين عن ثالث بهذه الصفة ولو أن ثلاثة نفر كفلوا عن رجل بألف درهم وبشرة أكرار حنطة ومائة دينار وبعضهم كفلاء ضامنون في ذلك فلقى الطالب أحد الكفلاء فأخذ منه خمسمائة درهم ثم لقي آخر فأخذ منه خمسة أكرار حنطة ثم غاب الطالب والمطلوب ولقي الكفيلان المؤديان الكفيل الثالث وأرادا أخذه بما أديا وأراد كل واحد منهما أخذ صاحبه فالذي أدى

خمسة يرجع على صاحبيه بثليها لانهم في الكفالة بالالف مستوون فينبى ان يستووا في
 الغرم بسببها وذلك في أن يرجع بثاني ما أدى عن صاحبيه على كل واحد منهما بمائة وستة
 وستين وثلثين وللذى أدى الطعام ان يرجع على صاحبيه بثاني الطعام لهذا المعنى أيضا ولا
 يصير البعض قصاصا لان الجنس مختلف والمقاصة بين الدينين عند اتحاد جنسهما وصفتهما لا
 عند الاختلاف ولو التقي هذان المؤديان ولم يلقيا الثالث فلكل واحد منهما ان يرجع على
 صاحبه بنصف ما أدى ليستويا في الغرم بسبب الكفالة وكذلك لو اتقوا جميعا كان لكل واحد
 منهما أن يأخذ صاحبه بنصف ما أدى ليستويا في الغرم ثم يتبعان جميعا الذي لم يؤد شيئا بثلث
 ما أداه كل واحد منهما فان لقيه أحدهما كان له أن يأخذه بنصف الغرم الذي حصل عليه يوم
 يلقاه ليستويا في الغرم بسبب الكفالة فان لقي الثالث أحد هذين رجع عليه بنصف الفضل
 بثلث ما أدى كل واحد منهما فيرجع أكثرهما أداء على أقلهما أداء بنصف الفضل للعرف
 الذي قلنا وعليه يدور تخريج هذه المسائل في انهما لما استويا في الكفالة ينبى أن يستويا في
 الغرم بسببها وإذا كفل رجل لرجل عن رجل بمال عليه فأداه الكفيل ثم لقي المكفول عنه
 فجحد ان يكون أمره بالكفالة أو ان يكون لفلان الطالب عليه شيء فأقام الكفيل البينة ان
 لفلان على فلان ألف درهم وان فلانا هذا قد أمره فضمنها لفلان وانه قد أداه لفلان الى
 فلان فان القاضى يقبل ذلك منه ويقضى بالمال على المكفول عنه لانه يدعى لنفسه عليه مالا
 بسبب وهو لا يتوصل الى اتيان ذلك الا بأبواب سبب بينه وبين الغائب وهو أداء المال
 اليه فينصب الحاضر خصما عن الغائب كمن ادعى عينا في يد انسان انها له اشتراها مع فلان
 النائب وأقام البينة على ذلك فان القاضى يقضى بينته على ذلك بهذا الطريق حتى اذا حضر
 الغائب فجحد ان يكون باعه لم يكلف المدعى اعادة البينة عليه فكذلك هنا اذا حضر المكفول
 له وجحد أن يكون قبض شيئا من الكفيل لم يكلف الكفيل اعادة البينة وكان الحكم عليه
 بوصول حقه اليه ماضيا وهذا لان الاسباب مطلوبة لاحكامها فن يكون خصما في اثبات
 الحكم عليه يكون خصما في اثبات سبب الحكم عليه أيضا ورجوع الكفيل على الاصيل
 لا يكون الا بأمره اياه بالكفالة وأدائه الى الطالب بعد الكفالة فما يكون المكفول عنه
 خصما الكفيل في اثبات الامر عليه يكون خصما في اثبات الاداء الى الطالب عليه والقضاء
 بالبينة على الحاضر يكون نافذا عليه وعلى النائب جميعا وذكروا في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما

الله أن الرجل إذا غاب عن امرأته فأتاها رجل وأخبرها أن زوجها قد أبانها ووكله أن يزوجه
منه ويضمن المهر ففعلت ذلك ثم رجع الزوج وأنكر أن يكون طلقها وأن يكون أمر هذا
الرجل بشيء فالقول قوله وليس للمرأة على الكفيل شيء في قول أبي يوسف رحمه الله لأن
الطلاق لما لم يثبت كان العقد الثاني باطلا والكفالة المثبتة عليه كذلك بمنزلة أحد الوارثين
وإذا أقر لمعروف نسب أنه أخوه لم يشاركه في الميراث وعلي قول زفر رحمه الله ترجع هي
على الكفيل بالمال لأن الكفيل مقر بصحة العقد الثاني ووجوب المال عليه بسبب الكفالة
واقتراره حجة في حقه فلو أقام الكفيل البيعة على الزوج بما أدى من الطلاق وتوكيله إياه
بالعقد الثاني والكفالة قبلت بينته بذلك وكان لها أن ترجع بالمال على الكفيل ثم يرجع الكفيل
على الزوج وإن شاءت رجعت على الزوج للمعنى الذي قلنا أن الكفيل لا يتمكن من الرجوع
على الزوج إلا بآبات هذه الأشياء عليه فصار خصما في ذلك كله والله أعلم وأحكم

باب الكفالة على أن المكفول عنه يرى

(قال رحمه الله) وإذا كان لرجل علي رجل مال فضمنه له على إبراء الذي عليه الأصل
فهو جائز والكفيل ضامن للمال ولا يأخذ الطالب المكفول عنه بشيء لأنهما أتيا بمعنى الحوالة
وان لم يصرحا بلفظها والالفاظ قوالب المعاني والمقصود هو المعنى دون اللفظ كان العقد الذي
جرى بينهما حوالة لتصريحهما بموجب الحوالة كمن يقول لغيره ملكتك هذا الشيء بألف
درهم فيكون يما وان لم يصرح بلفظ البيع والكفالة والحوالة يتقاربان من حيث أن كل
واحد منهما إقراض للذمة والتزام على قصد التوثق فكما أنه لو شرط في الحوالة أن يطالب
بالمال أيهما شاء كانت الكفالة فإذا شرط في الكفالة أن يكون الاصيل بريئا كانت الحوالة وقوله
ضمنت والى وعلي بمنزلة قوله كفلت إذا شرط براءة الاصيل في ذلك كله كانت حوالة
بناء على أصلنا أن الحوالة توجب براءة المحيل وقد بينا هذه المسئلة ولو تولى المال على المحتال عليه
عاد حق الطالب الى المحيل ولا تولى أسباب فمن ذلك أن يجهد المحتال عليه ويحلف على ذلك
وليس للطالب بينة لأنه يتعذر على الطالب الوصول الى حقه من جهة المحتال عليه على التأييد
وهذا بلغ أسباب الثوى كالدرة الواقعة في البحر والعبد الآبق ونحو ذلك ومن ذلك أن يموت
المحتال عليه مفسلا فيتحقق به الثوى عندنا وعلي قول الشافعي رحمه الله لا يعود المال الى ذمة

المحيل وعلي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقول بان الحوالة تبرئ المحيل براءة مطلقة فلا يعود المال اليه بحال كما لو برئ بالابراء (وبيان الوصف) انه لا يطالب بالمال ولا بشئ يشبهه وهذا موجب البراءة المطلقة وتقريره من وجهين (أحدهما) ان الحوالة ليست بمعاوضة لان معاوضة الذمة بالذمة والدين بالدين باطلة فاذا لم يكن ماوجب في ذمة المحتال عليه عوضا عما في ذمة المحيل لم يكن تعذر الوصول اليه مبنيًا على حق الرجوع له على المحيل بل بالحوالة يصير كالتباض من المحيل والمقرض من المحتال عليه لانه لا يتحقق اسقاط المال على المحيل وإيجابه على المحتال عليه معاوضة الا بهذا الطريق أو يجعل ما في ذمة المحتال عليه كأنه عين ما كان في ذمة المحيل تحول من ذلك المحل الى هذا المحل حكما هو قضية لفظة الحوالة وفوات الشئ من المحل الذي تحول اليه لا يكون سببا لعوده الى المحل الاول بل فواته عن المحل الذي تحول اليه كفواته في المحل الاول وذلك يكون على الطالب لا غير وعند الحوالة المحتال له بالخيار بين ان يقبل فيثبت حقه في ذمة المحتال عليه وبين ان يأبى فيكون حقه في ذمة المحيل والخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما يضمن ذلك عليه وهو لا يعود الى المحل الاول بعد ذلك قط كالناصب الاول مع الثاني اذا اختار المنصوب منه تضمين أحدهما ثم نوى عليه لم يرجع على الآخر بشئ والمولى اذا عتق عبده المديون واختار الغرماء استسما العبد ثم نوى ذلك عليه لم يرجعوا على المولى بشئ من الضمان * وحجتنا في ذلك حديث عثمان رضى الله عنه موقوف عليه ومرفوعا في المحتال عليه يموت مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل لا نوى على مال امرئ مسلم والمعنى فيه ان هذه براءة بالنقل فاذا لم يسلم له حقه من المحيل الذي انتقل اليه يعود حقه الى المحل الذي انتقل حقه عنه كما لو اشترى بالدين شيئا أو صالح من الدين على عين (وبيان الوصف) ان حق الطالب كان في ذمة المحيل فنقله الى ذمة المحتال عليه بالحق الذي له كما له أن ينقله الى العين بالشراء ثم هناك اذا هلكت العين قبل القبض عاد حقه في الدين كما كان فكذلك هنا وكما أن ذلك السبب محتمل الفسخ فهذا السبب محتمل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت (وتقريره) ان ما في ذمة المحتال عليه ليس بموض كما كان في ذمة المحيل كما قاله الخصم ولا هو واجب بطريق الاقراض كما زعم هو لان القبض يكون بالمال لا بالذمة والحوالة التزام في الذمة فلا يمكن ان يجعل به قابضا ولانه ثبت في ذمة المحتال عليه على الوجه الذي كان في ذمة المحيل حتى لو كان بدل صرف أو سلم لا يجوز الاستبدال

به مع المحتال عليه كما لا يجوز مع المحيل ويبطل عقد الصرف والسلم باقتراق المتعاقدين قبل القبض من المحتال عليه ولو صار بالحوالة قابضاً ثم مقرضاً لا تثبت فيه هذه الاحكام ولا يمكن أن يجعل كأن عين ذلك المال تحولت من ذمة الى ذمة لان الشيء إنما يقدر حكماً اذا تصور حقيقة وليس في الذمة شيء يحتمل التحول فلم يبق الطريق فيه الا جعل الذمة الثانية خلفاً عن الذمة الاولى في ثبوت الحق فيها كما في حوالة الفراش المكان الثاني يكون خلفاً عن المكان الاول ويكون الثابت في المكان الثاني عين ما كان في المكان الاول فاذا كان الطريق هذا فنقول انما رضى الطالب بهذه الخلافة على قصد التوثيق لحقه فيكون رضاه بشرط أن يسلم له في ماله في الذمة الثانية فاذا لم يسلم فقد انعدم رضاه فيعود المال الى المحل الاول كما كان بمنزلة ماله اشترى به عينا الا ان هناك المحل الذي هو خلف في يد الغريم فكان مطالبا بتسليمه وهنا المحل الذي هو حق ليس في يد الغريم فلم يكن هو مطالبا بشيء ولكنه ليس في يد الطالب أيضا فلم يصرق قابضاً لحقه ولا يدخل في ضمانه فلا يكون الثواء عليه وبه فارق الغاصب الاول مع الثاني والمولى مع العبد فان احدى الذمتين هناك ليست بخلف عن الأخرى ولكن صاحب الحق كان مخيراً ابتداءً والخير بين الشئتين اذا اختار أحدهما تمين ذلك عليه وعلى هذا الاصل قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا فلسه الحاكم عاد الدين الى ذمة المحيل لان رضاه بالخلافة كان بشرط السلامة فاذا لم يسلم عاد الحق الى المحل الاول ولا معتبر ببقاء المحل الثاني حقيقة كالعبد المشتري بالدين اذا أبق واختار الطالب فسخ العقد عاد حقه كما كان توضيحه أن الذمة تنعيب بالافلاس أما عندهما حكماً فن حيث ان التفليس والحجر يتحقق من حيث المادة وهذا ظاهر فان الناس يمدون الذمة المفلسة معيبة حتى يمدون الحق فيها ثواباً وكما أن فوات المحل موجب انفساخ السبب فتعيبه مثبت حق الفسخ كما اذا تعيب المشتري بالدين قبل القبض والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من أحيل على ملي فليتبع فقد قيد الامر بالاتباع بشرط ملاء المحتال عليه فلا يكون مأموراً بالاتباع بدون هذا الشرط وأبو حنيفة رحمه الله يقول الافلاس لا يتحقق لان المال غادر رائج فقد يصبح الرجل فقيراً ويمسى غنياً ثم عود المال الى المحيل الثوى لا يتعذبه الاستيفاء (ألا ترى) انه لو تعذر استيفاؤه من المحتال عليه لم يربح عليه لم يرجع على المحيل بشيء ولا تصور للثوى في الدين حقيقة وانما يكون ذلك حكماً بخروج محله من أن يكون صالحاً للالتزام وبمد الافلاس الذمة في صلاحيتها للالتزام

كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى ولا العيب بهذا السبب بخلاف ما لو كان بعد الموت مفلسا لان
الذمة خرجت من أن تكون محلا صالحا للالتزام فيثبت التوى بهذا الطريق حكما وأما ذات
المحتال عليه فقال الطالب لم يترك شيئا وقال المطلوب قد ترك وفاء فالتقول قول الطالب مع
يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولانه بالحوالة لم يدخل في ملك المحتال عليه
ولو كان وهو حي يزعم انه مفلس فالتقول قوله فكذلك بعد موته اذا زعم الطالب انه مفلس
فالتقول قوله مع يمينه على علمه * توضيحه ان ذمته بالموت خرجت من أن تكون محلا صالحا
للالتزام وبه يتحقق التوى الا أن يكون هناك مال يخلف الذمة في نبوت حق الطالب
فيه فالمطلوب يدعى هذا الخلف والطالب منكر لذلك فجعلنا القول قوله لهذا ولو كفل بالمال
من غير شرط البراءة ثم ان الطالب ابرأ الذي عليه الأصل من المال بعد الكفالة برئا جميعا
لان ابراء الكفيل اسقاط لاصل الدين وذلك موجب لبراءة الكفيل ضرورة فكما ان الكفالة
لا تصح الا باعتبار مال واجب في ذمة الأصل فكذلك لا تبقى بعد سقوط المال عن ذمة
الأصيل بالابراء وهذا بخلاف ما لو كانت الكفالة بشرط الاصل لان ذلك صار عبارة عن
الحوالة واللفظ اذا جمل عبارة عن غيره مجازا سقط اعتبار حقيقته في نفسه * توضيح الفرق ان
الكفالة بشرط براءة الاصيل لا تكون اسقاطا لان أصل الدين يكون تحويلا الى ذمة الكفيل
بالطريق الذي قلنا فأما ابراء الاصيل بعد الكفالة فيكون اسقاطا لأصل الدين والمطالبة تنبني
على وجوب أصل الدين فكما لا يبقى على الاصيل مطالبة بعد الاسقاط فكذلك على الكفيل
والدليل على الفرق ما أشار اليه وهو ان الصبي التاجر اذا كان له على رجل مال فضمنه له
آخر على ان ابرأ الاول أو كان عليه مال لرجل فضمنه لآخر بأمر صاحبه على ان ابرأ
المكفول له فهو جائز ولو كان هذا اسقاطا لأصل الحق عن الاصيل ماملك الصبي التاجر فيما
له على غيره كإبراء الاصيل بعد الكفالة ولو كان هذا من المحتال عليه التزاما للمال في ذمته
ابتداء ماملكه الصبي التاجر فيما عليه وبهذا الفصل يتبين الفرق وكذلك في الصرف ورأس
مال السلم الحوالة تصح والكفالة بشرط براءة الاصيل تصح ولا يبطل به عقد السلم بخلاف
ما اذا ابرأ الاصيل بعد الكفالة فقبله الاصيل حيث يبطل به عقد السلم ولو قال لرجل آخر
ما أقر لك به فلان من شيء فهو على فقامت عليه بينة انه أقر بعد الكفالة بألف درهم لزم
الكفيل الألف لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعينة وان شهدوا انه أقر بذلك قبل

الكفالة لم يلزم الكفيل شيء لأن هذا اللفظ وإن كان في صورة الماضي فالمراد به المستقبل عادة فلا يصير به ملتزما لما سبق الاقرار به على العقد وإنما يكون ملتزما لما يقرب به بعد العقد بمنزلة قوله ما يقرب لك كما أن قوله ما ذاب لك في معنى ما يذوب فهذا قياسه والله أعلم

باب ضمان ما يبيع به الرجل

(قال رحمه الله) وإذا قال الرجل لرجل يبيع فلانا فبايعته به من شيء فهو على فهو جائز على ما قال لأنه أضاف الكفالة إلى سبب وجوب المال على الاصيل وقد بينا أن ذلك صحيح والجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لكونها مبنية على التوسع ولأن جهالة عينها لا تبطل شيئا من العقود وإنما الجهالة المفضية إلى المنازعة هي التي تؤثر في العقود وهذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن توجه المطالبة على الكفيل بعد المبايعة وعند ذلك ما يبيع به معلوم ويستوى أن وقت لذلك وقتا أو لم يوقت إلا أن في الموقت يراعى وجود المبايعة في ذلك الوقت حتى إذا قال ما يبيعته به اليوم فباعه غدا لا يجب على الكفيل شيء من ذلك لأن هذا التقييد مفيد في حق الكفيل ولكن إذا كرر مبايعته في اليوم فذلك كله على الكفيل لأن حرف ما يوجب العموم وإذا لم يوقت فذلك على جميع العمر وإذا بايعته مرة بعد مرة فذلك كله على الكفيل ولا يخرج نفسه من الكفالة لوجود الحرف الموجب للتعميم في كلامه ويستوى أن يبيع بالثمن أو بغير الثمن لأنه قال ما يبيعته به من شيء وهو يجمع كل ذلك فإن قال الطالب بعته شيئا بألف درهم وقبضه مني فأقر به المطلوب وجحد الكفيل ففي القياس لا يؤخذ الكفيل بشيء حتى تقوم البينة على أنه يبيع بعد الكفالة وقد روى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة رحمه الله أنه أخذ بالقياس ووجه ذلك أن وجوب المال على الكفيل ناشئ عن مبايعته بعد الكفالة وذلك لا يظهر في حقه بإقرار المطلوب لأن قوله حجة عليه لا على الكفيل ولو أنكر أحدهما يعني المطلوب والكفيل لم يكن على كل واحد منهما شيء فإذا أقر به المطلوب لزمه دون الكفيل لأن الثبوت بحسب الحجة فإذا قامت البينة ثبت في حقهما لأن البينة حجة عليهما ولكن استحسن فقال الكفيل ضامن للمال لأن المطلوب مع الطالب تصادقا على المبايعة في حال يملك انشاء ما فانهما لو أنشأ المبايعة لزم ذلك الكفيل ومن أقر بما لا يملك انشاء يكون مقبول الاقرار في حق الغير لانتفاء التهمة بمنزلة التوكيل قبل العزل إذا أقر بالبيع والمطلق قبل انقضاء

العدة اذا أقر بالرجعة * توضيحه ان كانا صادقين فيما أقر به من المبايعة فقد تحقق السبب في حق الكفيل وان كانا كاذبين فتصادقهما بمنزلة انشاء المبايعة فيلزم الكفيل أيضا (ألا ترى) انه لو كان قال ما لزمه لك من شيء فانا ضامن به لزمه ما أقر به المكفول عنه بهذا الطريق وعلى هذا لو قال بعه ما بينك وبين ألف درهم وما بعت من شيء فهو على ألف درهم فباعه متاعا بخمسمائة ثم باعه حنطة بخمسمائة لزم الكفيل المالا ن جميعا وان باعه متاعا آخر بعد ذلك لم يلزم الكفيل من ذلك شيء لانه قيد الكفالة بمقدار الألف فلا تلزمه الزيادة على ذلك ولو قال اذا بعت شيئا فهو على فباعه متاعا بألف درهم ثم باعه بعد ذلك خادما بألف درهم لزم الكفيل الأول دون الثاني لان كلمة اذا لا تقتضي العموم ولا التكرار وانما تناول المبايعة مرة فوجود ذلك تنتهي الكفالة بخلاف ما لو قال كلما بايعته يباعا فانا ضامن بثمنه لان كلمة كلما تقتضي التكرار فيصير هو بهذا اللفظ ملتزما يجب بمبايعته مرة بعد مرة ولو قال بعه ولم يزد على هذا فباعه لم يلزم الا شيء لانه مشير عليه وليس بضامن وكذلك لو قال أقرضه ولو قال متى بعت يباعا فانا ضامن لثمنه أو ان بعت يباعا فباعه متاعا في صفتين كل صفقة بخمسمائة ضمن الكفيل الاول منهما لما بينا انه ليس في لفظه ما يقتضي التكرار لان كلمة ان للشرط وكلمة متى للوقت بمنزلة كلمة اذا ولو قال ما بايعته من زطى فهو على فباعه ثوبا يهوديا أو حنطة لم يلزم الكفيل من ذلك شيء لانه قيد الكفالة بمبايعته من الزطى خاصة فلا يتناول غيرها وكذلك لو قال ما أقرضته فهو على فباعه متاعا أو قال ما بايعته فهو على فأقرضه شيئا لم يلزم الكفيل من ذلك شيء لانه قيد الكفالة بسبب فلا تناول شيئا آخر والمبايعة غير الاقراض (ألا ترى) ان المبايعة تصح ممن لا يصح منه الاقراض كالأب والوصى ولو قال ما داينته اليوم من شيء فهو على لزمه القرض وثمن المبيع لان اسم المداينة يتناول الكل فانه عبارة عن سبب وجوب الدين (ألا ترى) ان الأمر بالكتابة والشهود جاء به اسم المداينة وعلم الكل فلو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل ان يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء لان لزوم الكفالة بعد وجوب المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل فاما قبل ذلك فهو غير مطلوب بشيء ولا ملتزم في ذمته شيئا فيصح رجوعه * توضيحه ان بعد المبايعة انما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للفرار عن الطالب لانه يقول انما عقدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل وقد اندفع هذا الفرار حين نهاء عن المبايعة ولو قال ما بايعته اليوم من شيء فهو

لك على ثم جحد الكفيل والمكفول له المباينة وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه قد باع المكفول له ذلك اليوم متاعا بالف درهم لزمهما جميعا ذلك المال أيهما كان حضر لان الثابت بالبينة كالثابت بالمباينة والمال الذي يطالبان به واحد فينصب الحاضر منهما خصما فيكون حضور أحدهما لحضورهما فلا يكاف إعادة البينة عند حضور الآخر اذا كان القاضى هو الاول لانه عالم بسبب وجوب المال على الذى حضر اذ هو باشر القضاء به على الاول وعلمه ينفى الطالب عن إعادة البينة ولو قال من بايع فلانا اليوم ببيع فهو على فبائه غير واحد لم يلزم الكفيل شيء لان المكفول له مجهول وجهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة كجهالة المقر له فانه لو قال لواحد من الناس على شيء كان اقراره باطلا ولو قال لقوم خاصة ما بايعتموه أنتم وغيركم فهو على كان عليه ما يبيع به أولئك القوم ولا يلزمه ما بايع غيرهم لان في حقهم المكفول له معلوم فصحت الكفالة وفي حق غيرهم هو مجهول فلا تصح الكفالة ولكن ضم المجهول الى المعلوم لا يمنع صحة الكفالة في حق المعلوم لان ما يلتزمه لواحد بالكفالة منفصل عما يلتزمه للآخر ولو اذن لعبده في التجارة وقال لرجل ما بايت به عبدى من شيء أبدا فهو على أو لم يقل أبدا فهو سواء ولزمه كل بيع بايمه به لان التزام المولى من عبده بحكم الكفالة صحيح كما يصح من الحروقد بيناه فيما سبق وكذلك لو قال كل ما بايعته أو الذى بايعته بخلاف ما لو قال اذا بايعته أو ان بايعته فهذا على الاول خاصة وقد بينا الفرق بينهما في الحر فكذلك في العبد ولو قال ما بايت فلانا من شيء فهو على فأسلم اليه دراهم في طعام أو باعه شعيرا بزيت فذلك كله على الكفيل لانه قد باعه فان السلم نوع يبيع ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا وكله بشوب يبيعه فأسلمه في طعام جاز على الموكل وعندهما لا يجوز لان السلم غير البيع بل ان مطلق التوكيل بالبيع ينصرف الى البيع بالنقود والله أعلم بالصواب

باب الحوالة

(قال رحمه الله) ذكر عن شريح رحمه الله انه قال في الحوالة اذا أفلس فلا توى على مال امرئ مسلم يريد به ان مال الطالب يعود فدليلهما ان بمجرد الافلاس تبطل الحوالة قال وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا كان رجل على رجل ألف درهم فاحاله بها فقد برئ الاول منهما وقد بينا اختلاف العلماء رحمهم الله فيه ووجه الفرق بين الكفالة والحوالة (فى الكتاب)

أشار الى حروف فلك لا تكتب ذكر - ق فلان بن فلان ان له على فلان ألف درهم وقد أحاله بها على فلان فان هذا لا يحسن في الكتاب ولا في الكلام وكيف يكون عليه وقد حولها عنه الى غيره ويحسن في الضمان ان يقول لفلان على فلان ألف درهم وقد ضمنها عنه فلان (ثم وجوه التوى) قد بينها فما سبق (والجواب) بين الاجانب والاقارب في جميع أصناف الديون من التجارات والمهر والجنائيات وغير ذلك جائز لانه تحويل الحق من الذمة الاولى الى الذمة الثانية فيستدعي وجوب الحق في الذمة الاولى ليصح التحويل ولو ان المحتال عليه أحاله بالمال على غيره كان جائزا لانه لما تحول المال اليه بالحوالة التحق بما كان واجبا عليه في الاصل وكما يصح التحويل من الذمة الاولى الى ذمته يصح التحويل من ذمته الى ذمة أخرى بالحوالة وليس للمحتال عليه أن يأخذ الاصيل بالمال قبل ان يؤديه ولكن يعامله بحسب ما يعامل به من الملازمة والحبس كما يبناه في فصل الكفيل (وفي هذا نوع اشكال) فان في الكفالة مطالبة الطالب على الاصيل باقية فلا توجه عليه مطالبة الكفيل ما لم يؤدي وبعد الحوالة لا تبقى مطالبة المال على الاصيل فينبغي ان توجه عليه مطالبة المحتال عليه كالوكيل بالشراء يطالب الموكل قبل أن يؤدي ولكننا نقول ما سقطت مطالبة الطالب عن المحيل على الثبات بل يؤخر ذلك على المحتال عليه مفلسا فكان من هذا الوجه بمعنى التأجيل أو لما كانت المطالبة بمرض ان يتوجه عليه جمل كالتوجه في الحال بمعنى الكفالة من هذا الوجه بخلاف الوكيل فانه ليس للبائع على الموكل مطالبة بالثمن لا في الحال ولا في ثاني الحال بل مطالبة مقصورة على الوكيل فكأن للوكيل ان يرجع على الموكل ولو قضى المحيل المحتال عليه المال قبل ان يؤديه فعمل به وربح كان ربحه له لانه بنفس الحوالة قد استوجب المحتال عليه على المحيل ولكنه مؤجل لادائه ومن استعجل الدين المؤجل وتصرف فيه وربح كان الربح له لانه استرخ على ملك صحيح ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فاحاله بها على آخر فقضاها اياه المحتال عليه فلما أراد الرجوع على الاصيل قال الاصيل كانت لي عليك وقال المحتال عليه ما كان لك على شيء فانه يقضى للمحتال عليه على الاصيل بالمال لان السبب الموجب للمال له على الاصيل ظاهر وهو قبوله الحوالة بأمره وادائه والمحيل يدعي لنفسه ديناً على المحتال عليه ليحمل ما عليه فصا بذلك الدين ولم يظهر سبب ما يدعيه والمحتال عليه لذلك منكر فالقول قوله وليس في قبول الحوالة عنه اقرار بوجوب المال للمحيل عليه

فان الحوالة قد تكون مقيدة بما للمحيل على المحتال عليه وقد تكون مطلقة بل حقيقة الحوالة هي المطلقة فاما المقيدة من وجه فتوكيل بالاداء والقبض عرفنا أنه لم يوجد منه دلالة الاقرار بوجوب المال للمحيل عليه وكان القول قوله في الانكار ولو كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأحاله أحدهما على رجل بألف درهم على أن أبراه فلطالب أن يأخذ المحتال عليه بالالف لانه التزمه بالحوالة والمحيل كان أصيلا في النصف الاول كفيلا في النصف الثاني والحوالة بكل واحد منهما صحيحة وان شاء أخذ الذي لم يحله بخمسائة لان المحيل في هذه الخمسائة كان كفيلا وقد برى بالحوالة من غير أداء وقد بينا أن براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فان اداها المحتال عليه رجع بها على المحيل دون صاحبه لانه هو الذي أمره بقبول الحوالة ورجوعه بذلك فان اداها المحيل رجع بنصفها على صاحبه لانه كان كفيلا عنه وأداء المحتال عليه بأمره كأدائه أدأوه بنفسه والى المحتال عليه كأدائه الى الطالب له ولو أدى الى الطالب رجع بنفسها على صاحبه فكذلك هنا ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فأحاله بها على رجلين فله أن يأخذ كل واحد منهما بنصفها لانهما اضافا الحوالة في جميع ذلك المال اليهما اضافة على السواء فيقسم عليهما اتقساما على السواء وقد بينا في الكفالة نظيره فان اشترط ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أخذ بالالف أيهما شاء لان كل واحد منهما التزم بجميع المال هنا في النصف عن الاصيل وفي النصف الآخر عن صاحبه بالكفالة فاذا اداها رجع على صاحبه بالنصف ليستويا في الغرم الثابت بسبب هذه الحوالة كما استويا في أصل الالتزام ولو كان لرجل على مكاتب مال فأحاله المكاتب به على رجل عليه مال فهو جائز لان هذا أمر من المكاتب به على رجل له عليه مال فهو جائز لان هذا أمر من المكاتب للطالب في أن يقبض ماله من غريمه له أولا ثم لنفسه وأمر للتبريم بأن يؤدي ماعليه الى الطالب وذلك صحيح من المكاتب وهذا التكليف غير محتاج اليه في هذا الفصل فان المكاتب لو أحال الطالب حوالة مطلقة يجوز فكذلك الحوالة من المكاتب المقيدة وانما يحتاج اليه في الفصل الثاني وهو ما اذا كان المكاتب هو المحتال عليه لان قبول الحوالة من المكاتب مطلقا لا يجوز بمنزلة الكفالة ولكن يجوز مقيدا بالمال الذي عليه لانه لا فرق في حقه بين أن يؤدي ذلك المال الى المحيل أو الى المحتال والعبد التاجر والصبي التاجر في هذا كالمكاتب وكذلك لو كان المال على رجلين كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأحاله على

واحد جازت الحوالة منهما كما تجوز من الواحد اذا كان مطلوباً بالمال وكذلك الوصى يحتال بدين اليتيم على رجل أملاً من غريمه الاول فاحتال بذلك فهو جائز لان في هذا قربان ماله بالاحسن فان حياة الدين بملاء ذمة من عليه وفي قبول الحوالة على من هو أملاً إظهار للزيادة في حقه وتيسر الوصول الى ماله وكان ذلك منهما نظراً من حقه والله أعلم

باب الامر بنقد المال

(قال رحمه الله) واذا أمر رجل رجلاً بأن ينقد عنه فلاناً ألف درهم فنقدتها رجع بها على الأمر لان هذا من الأمر استقراض من المأمور وأنه لا يتحقق نقده عنه الا بعد أن يكون المنقود ملكاً له ولا يصير ملكاً له بالاستقراض منه فكانه استقرض منه الألف وكل صاحب دينه بأن يقبض له ذلك أولاً ثم لنفسه ولأنه أمره أن يملكه ما في ذمته بما يؤديه من عنده فكان بمنزلة ماله أمره أن يملكه عين الغير في يده بأن يشتريها له فيؤدي الثمن من عنده وهناك يثبت للمأمور حق الرجوع على الأمر بما يؤدي فكذلك هنا وكذلك لو قال انقد فلاناً ألف درهم له على أو قال اقضه عني كذا أو قال افضه ماله على أو ادفع اليه الذي له على أو ادفع عني كذا أو اعطه عني ألف درهم أو أوفه ماله على فهذا كله باب واحد وكله اقرار من الأمر أن المال عليه لفلان اما لقوله عني أو لقوله اقضه عني فان القضاء لا يكون الا بعد الوجوب أو لقوله على أو لقوله أوفه عني فان الايفاء يكون بعد الوجوب ولو قال انقده عني ألف درهم على اني ضامن لها أو على اني كفيل بها أو على انها لك على أو الى أو قبلي فهو سواء واذا نقدتها اياه رجع بها على الأمر لانه صرح بالتزام ضمان المنقود له أو اني بلفظ يدل عليه ويستوى ان نقده الدراهم أو نقده بها مائة درهم أو باعه بها جارية أو غير ذلك لان بالبيع يجب الثمن للبائع على المشتري ولم يصير قابضاً الدراهم التي وجبت له عليه كما أمر به فكان هذا وما لو دفع اليه دراهم في الحكم سواء (الآثرى) ان الطالب يصير مستوفياً حقه بهذه الطريق اذا حلف ليستوفيه ماله عليك قبل أن يفارقه واذا قال الرجل للرجل ادفع الي فلان ألف درهم قضاء ولم يقل عني أو قال اقض فلاناً ألف درهم ولم يقل على أنها لك على فدفعها المأمور فان كان خليطاً للأمر رجع بها عليه لان الخلطة القائمة بينهما دليل ظاهر على أن أمره بالقضاء عنه بمنزلة التصريح بهذا اللفظ وهذا لان كل واحد من الخليطين ينوب عن

صاحبه في قضاء ما عليه وان أداه بناء على الخلطة السابقة وتلك الخلطة تثبت له حق الرجوع بما يؤدي بأمره كما ثبت له حق الرجوع عليه بما يؤدي اليه وان لم يكن خليطا له لم يرجع بها عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الأول رحمه الله وانما رجوعه على المدفوع اليه وقول أبي يوسف الآخر رحمه الله يرجع على الآمر خليطا كان أو غير خليط لوجهين (أحدهما) ان أمره بالدفع الى غيره بمنزلة أمره بالدفع اليه ولو قال ادفعه الى كان له أن يرجع عليه فكذلك اذا أمره بالدفع الى غيره ولان فعله في الدفع يترتب على أمره في الفصلين واذا اعتمد في الاداء أمره فلم يرجع صار متغبرا من جهته والفرق مدفوع كما في الخليطين (الثاني) انه قال ادفعها اليه قضاء والقضاء ينبنى على الوجوب ولم يكن على المأمور شيء واجب للمدفع اليه ولا يعتبر أمر الآمر بذلك بل أمره انما يعتبر في قضاء ما هو واجب على الآمر وكان اقرارا بوجوب المال عليه من هذا الوجه وهذا وقوله اقض عني سواء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا ان قوله اقض أو ادفعه اليه قضاء كلام محتمل يجوز ان يكون المراد اقضه ماله عليك فيكون هذا منه أمرا بالمعروف ويجوز أن يكون المراد اقضه ماله على والمحتمل لا يكون حجة فلا يثبت به المال على الآمر للمدفع اليه واذا لم يثبت المال عليه لا يكون هذا منه استقراضا ولا أمرا بان يملكه ما في ذمته وطريق الرجوع عليه هذان بخلاف ما لو قال قضاء عني اذا كان قضاء لمسا له على لان الاحتمال قد زال هناك بما صرح به من الاضافة الى نفسه ولا يجوز أن يعتبر أمره بالدفع الى غيره بالدفع الى نفسه لان قوله ادفعه الى لا يثبت له حق الرجوع عليه بهذا الأمر بل يقضه المال منه وهذا المعنى بوجب أن يكون رجوعه هنا الى المدفوع اليه لانه هو القابض للمال منه دون الآمر ولو كان أمره بذلك ولده أو أخاه وهو ليس في عياله فهذا وأمره للاجنبي بذلك سواء الا أن يكون أمره بذلك ببعض من في عياله فيكون ذلك بمنزلة ماله أمر خليطا له بذلك استحسانا لان الانسان يقضى ما عليه يد من في عياله ويد هؤلاء بمنزلة يده ولو دفع نفسه قضاء كان ذلك قضاء لما هو واجب فكذلك اذا أمر بعض من في عياله حتى أدى وكذلك الزوجة اذا أمرت بذلك زوجها فان ما بينهما من الزوجية بمنزلة الخلطة أو أقوى منه وكذلك لو أمر به أجير له وانما أراد به التلميذ الخاص الذي استأجره مساهمة أو مشاهرة فانه بمنزلة من في عياله وكذلك لو أمر به شريك له لان قيام الشركة بينهما بمنزلة الخلطة أو أقوى منها وهذا كله استحسان وحمل

لمطابق الكلام على ماهو ممتاد بين الناس ولو قال لرجل ادفع الى فلان ألف درهم فان كان
 المأمور خليطا لآمر أو بمض من في عياله رجع المأمور على الأمر باعتبار الخلطة التي بينهما
 فان ذلك بمنزلة الفرر من جهته لو لم يثبت له حق الرجوع عليه لم يرجع الأمر على القابض
 وان لم يكن له عليه شيء يصير قصاصا به وأما اذا لم يكن المأمور خليطا للأمر فلا اشكال على
 قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا يرجع على الأمر وإنما يرجع به على القابض وإنما
 اختلفوا على قول أبي يوسف الآخر رحمه الله فعلى قياس الطريقة الاولى يرجع على الأمر
 بمنزلة ما لو قال ادفعه الى وعلى قياس الطريقة الثانية يكون رجوعه على القابض لانه ليس
 في لفظه ما يدل على ان القابض يستوفي حقا واجباله بخلاف ما اذا قال ادفعها الى فلان قضاء ولو
 أمر خليطا له أن يتقد فلانا عنه ألف درهم نجيحة فقدم عنه ألف درهم غلة أو نهرجة لم يرجع على
 الأمر الا بمثل ما أعطى بخلاف الكفيل بالنجيحة اذا أدى بالغلة فانه يرجع بالنجيحة فان رجوع
 الكفيل بحكم الالتزام (الأنرى) نه لو وهب المال منه رجع على الأصيل وإنما التزم في ذمته النجيحة
 فاستوجب مثلها في ذمة الاصيل ثم إن ساعه الطالب فتجاوز بالغلة لا يجب أن يسامح الاصيل
 بشيء فاما المأمور فهو غير ملتزم في ذمته شيئا وإنما يثبت له حق الرجوع بالاداء (الأنرى) انه
 لو وهب المال منه لم يصح فان كان رجوعه بالاداء رجع المؤدى ولو كان لرجل على رجل ألف
 درهم فأحال بها عليه رجلا فلما استوفاهما المحتال قال المحتال للمجبل كان المال لي عليك فاما
 استوفيت حق نفسي وقال المجبل بل كنت وكيل في قبض مالى لم يكن لك علي شيء فالتقول
 قول المجبل لان وجوب المال له على المحتال عليه كان ظاهرا كالمقبوض بذلك السبب فيكون
 مالكا له ثم القابض يدعى لنفسه دينا عليه حتى يحبس ماله بذلك ولم يظهر ذلك الدين له عليه
 فان إحالته عليه لا تكون دليلا على وجوب المال للمحتال على المجبل فيكون القول قول المنكر
 ويؤمر بدفع المال اليه الا أن يثبت دين نفسه عليه ولو أراد المحتال عليه أن يمنع المال من الذى
 أحال به عليه ورب المال غائب لم يكن له عليه ذلك بعد الحوالة لانه قد التزم دفع المال اليه
 فعليه الوفاء بما التزم وكذلك لو قال رب المال اضمن له هذا المال فهو مثل الحوالة بخلاف
 ما لو قال اضمن له هذا المال عنى فانه يكون اقرارا من رب المال بالمال لهذا لانه أمره
 بان يضمن عنه ولا يتحقق ذلك الا بعد وجوب المال عليه ولان قوله اضمن عنى له بمنزلة
 التصريح منه ان القابض عامل لنفسه وليس بوكيل من جهته وإنما يكون ذلك عند وجوب

المال للطالب على الاصيل وكذلك الحوالة اذا قال يمتثل اليك بالالف التي لي عليك لم يكن هذا اقرارا بان المال عليه ولو قال هو محتال عليك بألف درهم لتؤديها عني من المال الذي لي عليك فهذا اقرار منه بوجوب المال عليه للمحتال واذا قال يمتثل عليك بألف درهم لم يكن هذا اقرارا منه بالمدل ولكن المحتال عليه لا يستطيع الامتناع من اداء المال الى المحتال لانه التزمها له ولان كلامه محتمل وبالمحتال لا يكون له ان يمتنع من ايفاء ما التزم وان أداها وكان خليطا للأمر رجع بها عليه ورجع بها الأمر على المضمون له بعد ان يخاف انها ليست عليه وقد بينا في الحوالة نظيره فكذلك في الضمان ولو لم يكن خليطا له لم يرجع بها عليه لانه ليس في لفظه ما يدل على الأمر بالضمان فلا يثبت له حق الرجوع عليه ولكنها تسلم للمضمون له بخلاف ما سبق من قوله ادفع لانه ليس هناك من الأمور التزم شيء للمدفع اليه (ألا ترى) ان له ان يمتنع من الدفع اليه فكذلك بعد الدفع له أن يرجع بها عليه وهنا بقبول الحوالة والضمان قد التزم المال للمضمون له حتى لا يكون له أن يمتنع من الدفع اليه في الابتداء فكذلك بعد الدفع اليه لا يكون له ان يرجع عليه بشيء مما أدى اليه والله أعلم بالصواب

باب صالح الكفالة

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ألف درهم وبها كفيل عنه بأمره فصالح الكفيل الطالب على مائة درهم على ابراء الاصيل من الالف جاز كما لو صالحه الاصيل بنفسه وهذا ظاهر لان الطالب استوفى عشر حقه وبراءه من سوى ذلك وكل واحد من الامرين صحيح في الكل فكذلك في البعض لم يرجع الكفيل على المكفول عنه بمائة درهم لان رجوع الكفيل باعتبار ثبوت الملك له وذلك مقصور على ما أدى دون ما ابراء الاصيل عنه لان الابراء اسقاط فلا يتضمن التملك من الكفيل ولا يتحول به أصل الدين الى ذمة الكفيل بخلاف الايفاء فانه يتضمن تحول أصل الدين الى ذمة الكفيل لينتقل بأدائه مافي ذمته فيستوجب الرجوع به على الاصيل ولو صالحه على مائة درهم على ان يبرئ الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بمائة درهم ورجع الطالب على الاصيل بتسمائة لان ابراء الكفيل يكون فسحا للكفالة ولا يكون اسقاطا لأصل الدين فيبقى له في ذمة الاصيل

ما أبراه الكفيل منه وتسمائة وهذا لان الكفيل يلتزم المطالبة وبراء الكفيل يكون تصرفا في تلك المطالبة دون أصل الدين وبالأبراء لا يتحول الدين الى ذمة الكفيل ولو صالحه على مائة درهم على ان وهب التسمائة للكفيل كان للكفيل ان يرجع بالالف كلها على المكفول عنه لانه ملك جميع الاصل وهو الالف بعضها بالاداء وبعضها بالهبة منه والبعض معتبر بالكل وهذا لان الهبة تملك في الاصل فمن ضرورة تصحيحه تحول الدين الى ذمة الكفيل فلا يبقى للطالب في ذمة الاصيل شيء ويتحول الكل الى ذمة الكفيل ثم يملكها بالهبة والاداء فيرجع بها على الاصيل ولو صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير أو باعه اياه بمشرة دنانير كان للكفيل ان يرجع على الاصيل بجميع الالف لانه بهذا الصلح والشراء يملك جميع الالف ومن ضرورة صحتها تحول الدين الى ذمة الكفيل فان الصلح في غير جنس الحق يكون تملكاً كالبيع وكذلك كل ما صالحه عليه من مكيل أو موزون بعينه أو حيوان أو عرض أو متاع فالجواب في الكل سواء ولو كان معه كفيل آخر وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه كان له ان يرجع على صاحبه بنصف ذلك لان هذا الصلح أو البيع بمنزلة الاداء في حق الرجوع على الاصيل فكذلك في حق الرجوع على الكفيل معه ولو أدى جميع المال كان له ان يرجع بنصفه على شريكه في الكفالة فكذلك هنا ولو كفل رجلان عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأدى أحدهما ثم أخذ صاحبه في الكفالة معه بالنصف فصالحه من ذلك على مائة درهم على ان أبراه خاصة مما بقي فهو جائز واستوجب الرجوع على صاحبه بنصف المؤدى وهو خمسمائة ليستوى معه في النعم فاذا استوفى منه بمض ذلك وأبراه عن الباقي جاز كما لو عامل الاصيل بمثل ذلك ثم براءة الكفيل بالأبراء لا تكون براءة للاصيل وقد كان للمؤدى أن يرجع على الاصيل بجميع الالف فانما وصل اليه من جهة صاحبه مائة فيبقى حقه في الرجوع على الاصيل بتسمائة ويثبت للكفيل الآخر حق الرجوع على الاصيل بمائة فأيهما أخذ منه شيئا اقتسما المأخوذ اعتبارا على قدر شركتهما فيما في ذمته لاحدهما تسعة أعشاره وللآخر عشرة ولو صالح المؤدى صاحبه من الخمسمائة على عشرة دنانير أو كر حنطة أو عرض جاز ذلك كما يجوز صلحه مع الطالب عن الخمسمائة على هذا المقدار ويملك الكفيل الآخر خمسمائة بهذا الصلح بمنزلة ما لو أداها بعينها الى المؤدى فيتبع كل واحد منهما الاصيل

بخمسمائة وأيهما أخذ شيئا كان لصاحبه نصفه على حسب حقهما في ذمته ولو كان الدين طعاما
وبه كفيل فصالح الكفيل الطالب منه على عشرة دراهم رجع بالطعام كله على المكفول عنه
لأن ما أداه الكفيل يصلح أن يكون عوضا عن جميع الطعام فيصير به متملكا بجميع الطعام
(ألا ترى) أنه لو باعه بالطعام ثوبا كان به متملكا بجميع الطعام حتى يرجع به على الاصيل
فهذا مثله ولو كان الدين ألف درهم وبه كفيلان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فصالح
أحد الكفيلين صاحبه على مائة درهم على أن يبرئه من حصته من الكفالة وقبضها منه ثم إن
الكفيل الذي قبض المائة أدى المال كله الى الطالب رجع على المكفول عنه بتسمائة ولم يرجع
على الكفيل معه بشئ ويرجع المؤدى للمائة على المكفول عنه بالمائة لأن كل واحد منهما
كفيل عن الاصيل بجميع المال وعن صاحبه بنصف المال يصلح الكفيل مع الاصيل قبل أدائه
الى الطالب صحيح كما يجوز صلحه مع الطالب فإذا صالح أحدهما صاحبه على مائة فقد صار
ميرثا له عما زاد على المائة مما استوجب الرجوع عليه وهو كان كفيلًا عن الاصيل وأبراء
الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فإذا أدى القابض للمائة جميع الألف فانما أدى عن الاصيل
تسمائة فيستوجب الرجوع بها عليه ويصير مؤديا عن الكفيل معه مقدار ما كفله عنه وذلك
مائة درهم فيرجع المؤدى للمائة على الاصيل بتلك المائة لأن أداء كفيله عنه كأدائه بنفسه ولو
لم يكن هكذا ولكن الطالب أخذ الكفيل الذي أدى المائة واستوفى منه الألف كلها فله أن
يرجع على شريكه بتسمائة لأنه دفع اليه المائة على أن يؤديها عنه الى الطالب فإذا لم يفعل حتى
أداها بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك المائة وقد كان كفله عنه خمسمائة وأداها فله أن يرجع
عليه بتلك الخمسمائة أيضا ولو كان الكفيل صالحا لصاحبه على كر حنطة ودفعه اليه على أن يبرئه
من حصته من الكفالة فهذا جائز فيما بينهما لأنه كفله بالخمسمائة وما أدى اليه يصلح أن يكون
عوضا عن الخمسمائة ويكون هذا التصرف منهما غير جائز في حق الطالب فله أن يأخذ بجميع
المال أيهما شاء فإن أخذ الطالب الكفيل الذي أدى بالألف فأداها فانه يرجع به تامة على
الكفيل الذي معه وبخمسمائة مع ذلك على الذي عليه الاصل إن شاء إلا أن يشاء الكفيل
القابض للطعام أن يرد عليه الطعام ويرد عليه خمسمائة مع ذلك لأن المؤدى للألف استوجب
الرجوع على شريكه في الكفالة بنصف ما أدى وهو خمسمائة لأنه تحمل ذلك عنه بأمره
وبالنصف الآخر لأنه دفع اليه الطعام على أن يؤدي عنه ما يقابله وهو خمسمائة الى الطالب فإذا

لم يفعل حتى أدى بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك الخمسمائة أيضا إلا أن القابض للطعام قبضه بطريق الصلح على أن يرى المؤدى من رجوعه عليه لا على أن يرجع المؤدى عليه بخمسمائة فإذا آل الأمر إلى ذلك خير لأن مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فإن شاء نقض الصلح ورد عليه الطعام وإن شاء أمسك الطعام ورد عليه عوضه وهو خمسمائة وإن شاء المؤدى للأب يرجع بخمسمائة على الاصيل لأنه أداها عنه بعد ما تحملها بأمره ورجع بخمسمائة على الكفيل الذي قبض الطعام إلا أن يشاء الكفيل أن يرد عليه الطعام لما بينا (وحاصل فقه هذه المسئلة) أن الخمسمائة التي هي عوض عن الطعام لا يستوجب المؤدى الرجوع بها على الاصيل لأنه صار مملكا إياها من المؤدى للطعام فيكون رجوعه بذلك على القابض للطعام خاصة إلا أن يشاء القابض للطعام أن يرد عليه الطعام لأنه قبضه منه على سبيل الخط والاعراض ولو صالح أحد الكفيلين صاحبه على عشرة دنانير ودفعها إليه على أن أبراه من حصته من الكفالة ثم إن الطالب صالح الكفيل الذي قبض الدنانير على تلك الدنانير بأعيانها عن جميع المال وأداها إليه كان جائزا لأنه ملك الدنانير وتم ملكه فيما قبضه من صاحبه فالتحق تميمها من دنانيره في جواز الصلح مع الطالب عليها من جميع المال ويكون هذا الصلح تملكا منه لانعدام معنى الرباع عند اختلاف الجنس ثم يكون للكفيل الذي صالح الطالب أن يرجع على الاصيل بخمسمائة درهم ويرجع الكفيل الآخر على الاصيل بخمسمائة أيضا لأن الذي صالح الطالب قد يملك جميع الالف بهذا الصلح بمنزلة ما لو أدى إليه جميع الالف وكان له أن يرجع على شريكه بخمسمائة لولا صلحه معه وقد صح صلحه معه عن الخمسمائة على الدنانير فيجمل ذلك الصلح بينهما كأنه كان بعد اذنه فيتقرر كل واحد منهما في الرجوع عن الاصيل بخمسمائة لأن أداء الكفيل المصالح الأول عنه كادائه بنفسه وأيهما أخذ شيئا من الاصيل شاركه فيه صاحبه لأن الدين الذي في ذمة الاصيل مشترك بينهما وما يقبض أحد الشريكين من دين مشترك بينهما شاركه فيه صاحبه *ولو لم يكن هكذا ولكن أحد الكفيلين أدى المال كله إلى الطالب ثم صالح الكفيل معه على مائة درهم على أن أبراه أو على عشرة دنانير على أن أبراه وقبض ذلك فهو جائز لأنه بالأداء استوجب الرجوع على شريكه في الكفالة بخمسمائة والصلح من الخمسمائة على مائة درهم أو على عشرة دنانير جائز وهما يتبعان الاصيل بالالف تامة لانهما صارا مؤدين عنه جميع الالف فإن كان الصلح بينهما على الدنانير فالالف بينهما

نصفان لان مؤدى الدنانير يصير ممتلكا للخمسائة بما أدى فالصلح يصح بطريق التملك
اذا أمكن والامكان موجود عند اختلاف الجنس فيكون رجوع كل واحد منهما على الاصيل
بخمسائة بمنزلة ما لو أدى الى صاحبه خمسمائة وان جرى الصلح بينهما على مائة درهم فالالف
بينهما على عشرة اسهم لان صحة الصلح عنهما هنا بطريق الاسقاط فان مبادلة الخمسمائة بالمائة
ربا فالمؤدى للمائة لا يأخذ الا مقدارها وبراء مؤدى الف صاحبه عما زاد على المائة لا
يكون ابراء الاصيل فيكون له ان يرجع على الاصيل بتسمائة وللآخر ان يرجع عليه بالمائة
فاذا اقتضاه شيئا منها يكون المقبوض بينهما على مقدار حقهما اعتبارا ولو صالحه على عرض
أو حيوان كان مثل الصلح على الدنانير لان تصحيحه بطريق التملك ممكن والصلح قبل
الاداء وبعد الاداء جائز لان الدين يجب للكفيل عن الاصيل بالكفالة كما يجب للطالب على
الكفيل بمين في حق المطالبة (ألا ترى) ان الكفيل يطالب الاصيل بحسب ما تعامله
الطالب مع الكفيل ويجوز صلح الكفيل مع الاصيل قبل الاداء وبعده واذا كان الدين
طعاما قرضا أو غصبا فصالح أحد الكفيلين صاحبه على دراهم مسماة على أن ابراء من خصومته
فهو مثل الباب الاول لما بينا أن تصحيح هذا الصلح بينهما بطريق المبادلة ممكن فان أدى
الذى قبض الدراهم والطعام كله كان لهما ان يتبعا الاصيل بذلك نصفين لان المؤدى للدراهم
كان أصيلا في حق صاحبه وأداء كفيله كأدائه بنفسه وقد تم ملكه في حصته من الطعام
بما أدى من الدراهم الى صاحبه فيرجع على الاصيل بذلك والمؤدى للطعام كفيل عن
الاصيل بالطعام وقد أدى فيرجع عليه بما لم يصل اليه عوضه من صاحبه وذلك نصف الطعام
فهذا رجعنا عليه بالطعام نصفين وان أدى الطعام الذى دفع الدراهم اتبع صاحب الاصل
بالجميع لانه كان كفيلا عنه بجميع الطعام وقد أدى فيرجع على الكفيل الذى قبض الدراهم
بنصف ما أدى الطعام لانه دفع اليه الدراهم عوضا عن نصف الطعام الذى كان كفيل به عنه
ليؤديه الى الطالب ولم يفعل فيرجع عليه بذلك الا ان يشاء القابض للدراهم ان يرد الدراهم
لانه قبضها بطريق الصلح ومبنى الصلح على التجوز بدون الحق فاذا آل الامر الى ان يلزمه
رد نصف الطعام ويكمله عليه كان له أن يلتزم هذا الضرر ويرد عليه المقبوض من الدراهم ان شاء
وان شاء الكفيل الذى أدى الطعام اتبع صاحبه في الكفالة بجميع الطعام ليؤديه عنه الى الطالب
فاذا لم يفعل حتى أدى بنفسه كان له ان يرجع عليه بذلك أيضا الا أن يشاء القابض للطعام

أن يرد عليه دراهمه مكان نصف الطعام فينشد يكون له ذلك فيدفع اليه دراهمه مع نصف
 الطعام فالقبوض منه يكون مشتركا بينهما على قدر حقيهما وان كانا كفيلين عن رجل بمائة
 درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بها ثم ان أحد الكفيلين صالح الآخر على عشرة
 دراهم علي ان ابراء ثم صالح الطالب الذي قبض العشرة على خمسة دراهم وأداها اليه فانه
 يرد تسعة ونصفا على الكفيل الذي معه ثم يرجعان جميعا على الاصيل بخمسة لان المؤدى
 للعشرة انما أداها الى صاحبها على أن يؤدي عنه العشرة وهو ما أدى الى الطالب مما كفله عنه
 الا درهمين ونصفا لانه أدى اليه خمسة وهي شائعة في النصفين نصف ذلك مما هو فيه
 متحمل عن صاحبه فعرفنا انه أدى الى الطالب مما تحمل عن صاحبه درهمين ونصفا وصاحبه
 انما يرى مما بقي ببراء الطالب لان عند اتحاد الجنس يتمدد تصحيح الصلح بطريق المبادلة
 فلهذا رجع المؤدى للعشرة على صاحبه بسبعة ونصف ثم كل واحد منهما يؤدي عن الاصيل
 درهمين ونصفا حكما فيرجعان عليه بالخمسة كذلك *ولو لم يكن هكذا ولكن الذي عليه الاصل
 صالح أحد الكفيلين على عشرة دراهم ودفعها اليه فهو جائز بطريق الاسقاط لما وراء العشرة
 مما استوجب الرجوع به عليه عند الاداء فان أدى الكفيل الذي أخذ العشرة الى الطالب
 المائة درهم لم يرجع على الاصيل ولا على صاحبه بشيء وقد صالح الاصيل على ما أخذ منه من
 العشرة وصار مبرئا له عما زاد على ذلك فلا يرجع عليه بشيء عند الاداء والكفيل معه انما
 استفاد البراءة ببراءة الاصيل لا بآدائه لان براءة الاصيل على أي وجه تكون تتضمن براءة
 الكفيل ولو أدى الكفيل الآخر المائة كان له أن يرجع على الكفيل الذي معه بخمسين درهما
 وعلى الاصيل بمثل ذلك لانه صار مؤديا عن الكفيل الذي معه مقدار الخمسين ولو لم يجر
 بين الكفيل الآخر وبين الاصيل صالح كان لهذا المؤدى أن يرجع على الكفيل الآخر
 بما أدى عنه بالكفالة وهو مقدار الخمسين فبعد صلحه أولى وقد كان كفيلة عن الاصيل
 بالخمسين الاخرى وأداها عنه ثم يرجع الاصيل على الكفيل الذي صالحه بخمسة دراهم لانه
 كان صالحه على عشرة دراهم ونصف ذلك مما كان هو الذي كفله به عنه ونصفه مما كفله
 به صاحبه على أن يكون هو المؤدى عنه فاذا لم يفعل كان له أن يرجع عليه بنصف تلك
 العشرة وهو خمسة وتسليم الخمسة الاخرى للمصالح لان الكفيل الآخر لما رجع عليه
 بخمسين كان له أن يرجع بذلك على الاصيل لولا صلحه معه على هذه الخمسة وبراءة اياه

عما زاد عليها الى تمام الخمسين ولو صالح الاصيل الكفيلين جميعاً على عشرة دراهم من جميع الكفالة فهو جائز وأيهما أدى بالكفالة المائة الى الطالب فانه لا يرجع على الاصيل بشئ إلا بخمسة لان كل واحد منهما بالصلح قد أبرأه عما زاد على الخمسة الى تمام ما كفل عنه ولو أبرأه عن ذلك بعد الاداء سقط حقه في الرجوع عليه فكذلك قبل الاداء وان شاء رجع على صاحبه بالخمسة التي قبضها من الاصيل لانه انما كان قبض تلك الخمسة ليؤدي الى الطالب ماتحمل عن الاصيل ولم يؤد شيئاً وانما أداء الآخر فيكون هو أحق بتلك الخمسة يقبضها منه ولا يتبعان بشئ لما بينا أو المراد بقوله لا يرجع المؤدى على الاصيل الا بخمسة سوى الخمسة التي قبضها صاحبه في الكفالة لان المؤدى أدى تلك الخمسة بحكم الكفالة عن الاصيل وهو ما أبرأه منها فيرجع بها على الاصيل ان شاء ثم يرجع بها الاصيل على القابض منه وان شاء رجع بها على صاحبه لما بينا وان لم يؤد واحد من الكفيلين المال ولكن أدى الاصيل رجع على الكفيلين بعشرة دراهم بعينها لانها استوفيا العشرة منه ليؤديا عنه ماتحملا من الدين ولم يوجد ذلك حين أدى هو المال بنفسه فكان له أن يرجع عليهما بتلك العشرة ولا يرجع بما زاد على ذلك لان رجوعه عليهما بحكم استيفائهما منه لا بحكم اسقاطهما عنه ولو صالحهما على ثوب ودفعه اليهما ثم انه أدى المائة الى الطالب رجع على كل واحد منهما بقبض نصف الثوب منه في حكم المستوفي الخمسين بطريق المبادلة وانما استوفى على أن يؤدي عنه حق الطالب فاذا لم يفعل ولكن أداهما صاحبه وقد كان كفيلاً عنه بها كان له أن يرجع بتلك الخمسين عليه وان شاء رجع بها على الاصيل لانه يتحمل تلك الخمسين عن الاصيل وقد أداهما فان رجع بها على الاصيل رجع بها الاصيل على الكفيل الذي لم يؤد شيئاً إلا أن يشاء الكفيل أن يرد عليه نصف الثوب الذي صالحه عليه لانه استوفاهما عنه ليؤديها عنه فاذا لم يفعل حتى أدى هو بنفسه الى الكفيل المؤدى عنه كان ذلك بمنزلة أدائه الى الطالب فيرجع بها على الذي لم يؤد شيئاً إذ الذي لم يؤد شيئاً صار مستوفياً بطريق التجوز بدون الحق فيتخير لذلك ولو لم يؤد مائة درهم ولكنه أدى عشرة دراهم فصالحه عليها الطالب فانه لا يرجع على شريكه في الكفالة بخمسة دراهم ولكن الاصيل يرجع على الكفيل المؤدى للعشرة الى الطالب بأربعين درهماً وعلى الكفيل الآخر بخمسين لان كل واحد منهما بقبض نصف الثوب منه صار قابضاً للخمسين على أن يؤدي عنه ذلك الى الطالب ولم يفعل ذلك الذي

لم يؤد الى الطالب شيئا وانما برئ هو عن تلك الخمسين ببراء الطالب اياه فكان الاصيل أن يرجع عليه بتلك الخمسين الا أن يشاء هو رد نصف الثوب عليه والمؤدى للعشرة كان في حكم القابض للخمسين منه أيضا على أن يؤدى ذلك عنه وانما أدى اليه عشرة فزاد على العشرة انما برئ الاصيل عنه ببراء الطالب فيكون له أن يرجع على المؤدى للعشرة بقدر الاربعين لذلك ولا رجوع للمؤدى للعشرة على شريكه بنصف العشرة لانه قد استوفى من الاصيل هذه العشرة وزيادة فكيف يرجع بشئ منها على شريكه ولو لم يؤد شيئا ولكن الاصيل صالح الطالب على عشرة دراهم فانه يرجع على كل واحد من الكفيلين بخمسين درهماً إلا أن يشاء رد الثوب عليه لان كل واحد منهما في حكم المستوفى للخمسين منه ولكن بطريق التجوز بدون الحق ولو كان الاصيل صالح الكفيلين على عشرة دراهم وكان أحد الكفيلين صالح الطالب على أربعة دراهم فانه لا يرجع على صاحب الدرهمين اللذين أدى عنه لما بينا انه قبض ذلك من الاصيل وزيادة ولكن يرد درهما على الاصيل لانه قبض من الاصيل خمسة وما أدى عنه الى الطالب إلا أربعة فانما برئ عما زاد على الأربعة ببراء الطالب ويرد صاحبه خمسة دراهم على الاصيل لان صاحبه استوفى من الاصيل خمسة دراهم ولم يؤد عنه شيئا وانما برئ هو من حصة صاحبه ببراء الطالب ولو كان الاصيل صالحهما على ثوب ثم ان أحدهما صالح الطالب على دراهم على ان أبرأه من جميع المال لم يرجع على شريكه بشئ لانه انما أدى الى الطالب درهما وقد صار مستوفيا من الاصيل مقدار الخمسين بالصالح على الثوب فلهذا لا يرجع على شريكه بشئ ولكن المصالح مع الطالب يرد على الاصيل تسعة وأربعين درهما وصاحبه يرد على الاصيل خمسين درهما لان كل واحد منهما صار مستوفيا للخمسين درهما من الاصيل على أن يستفيد الاصيل البراءة من حق الطالب بادائهما ولم يوجد ذلك فالدنى صالح الطالب على الدراهم انما أدى عنه الدراهم فقط فيرد عليه ما زاد على ذلك الى تمام الخمسين والاخر لم يؤد عنه شيئا الى الطالب فيرد عليه ما صار مستوفيا منه وذلك خمسون درهما واذا كفل رجل بمال مؤجل ثم فاوز رجلا ثم حل الاجل لم يلزم شريكه من ذلك شئ أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلان عقد المفاوضة لا يوجب المساواة بينهما في ضمان الكفالة ان لو كانت الكفالة بعد الشركة فاذا كانت قبلها أولى وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلاً عن صاحبه فيما يجب على صاحبه بسبب مباشره بعد

الشركة وهذا المال انما لزمه بسبب باشره قبل الشركة لان وجوب المال عليه بسبب الكفالة لا يحاول الأجل والاجل الذي كان مانما من المطالبة يرتفع بمضى المدة فيبقى المال عليه بسبب الكفالة وقد كان قبل الشركة فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم فاوض رجلا ولو كفل بالمال مؤجلا وهو معاوضة ثم فارقه أو صار شريكه فانه يلزم شريكه جميع الكفالة في قول أبي حنيفة رحمه الله لان المال انما لزمه بسبب باشره في حال قيام الشركة بينهما وانما كان زوال المانع بعد انقطاع الشركة وكما وجب المال بمباشرة السبب على الذي باشره وجب على الآخر بحكم الكفالة عنه فيفسخ الشركة وانفساخها بالموت لا يسقط عنه ما كان لزمه كما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم نفاسخا الشركة فان أداها الشريك قبل الفرقة أو بعدها كان له أن يرجع على الذي أمر شريكه بالكفالة لانه كما قام مقام الشريك في وجوب المال عليه والأداء الى الطالب فكذلك في الرجوع على الاصيل وهذا لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على كل واحد من الشريكين وجب أيضا لكل واحد منهما على الاصيل الذي أمر أحدهما بالكفالة لان أمره أحدهما كأمره إياها فانهما به قد المفاوضة صارا كشخص واحد وكذلك لو أداه بعد موت الكفيل لانه مطالب بالمال بعد موته كان مات قبله فان مات المفاوض الذي لم يكفل قبل حل الاجل فالمال يحل عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يحل على الحى منهما لان الاجل كان ثابتا في حق كل واحد منهما إلا أن الميت استغنى عن الاصيل بموته والحى يحتاج الى ذلك والميت لا ينتفع ببقاء الاجل بل يتضرر بذلك لان يد الوارث لا تنبسط في التركة والحى ينتفع بالاجل فيبقى الاجل في حق الحى منهما دون الميت وحلول المال على الميت منهما بعد الموت لا يوجب حله على الآخر لان الشركة قد انقطعت بموته فأما في شركة العنان والمضاربة اذا كفل أحدهما بمال أو نفس لم يلزم شريكه منه شيء لان الشركة بينهما تتضمن الوكالة في التجارة دون الكفالة فالدين الذي يجب على أحدهما بمباشرة سببه يكون الآخر كالاجنبي فيه فلا يطالب بشيء منه واذا كان لرجل على رجل حنطة سلم وبه كفيل فأداه الكفيل ثم صالح المكفول عنه على دراهم أو عرض أو مكيل أو موزون يدا بيد فهو جائز لان ما يرجع به الكفيل على الاصيل ليس بسلم فان السلم اسم لما يجب بعقد السلم وهذا انما يجب للكفيل على الاصيل بعقد الكفالة وهو عقد آخر سوى السلم (الآثرى) أنه لو كفل ببدل العرف أو برأس مال السلم وأداه في المجلس ثم فارق الاصيل قبل أن يرجع به عليه جاز ذلك لان ما يرجع به

الكفيل على الاصيل بمنزلة بدل القرض فان الكفيل يصير مقرضاً ذمته من الاصيل بالالتزام للمطالبة بالكفالة ثم يصير مقرضاً ماله منه بالاداء عنه فما يرجع به عليه يكون بدل القرض والاستبدال ببديل القرض صحيح ولو كان شئ من ذلك نسيئة لم يجز الا الطعام لان ذلك يكون ديناً بدين فأما اذا صالحه بكر من حنطة الى أجل فهو جائز لانه لا مبادلة هنا بل هو تأجيل في عين ما استوجب الرجوع به عليه * فان قيل فأن ذهب قولكم انه بمنزلة القرض والاجل في القرض لا يلزم * قلنا هو في حكم القرض وأما في الحقيقة فليس بقرض بل هو واجب بمقدار ما لا وهو الكفالة والاجل في القرض انما لم يلزم بمنزلة الاعارة وهو غير موجود فيما وجب بمقدار الكفالة فلماذا صح تأجيله فيه ولو صالحه على شئ قبل أن يؤدي كان جائزاً لانه بنفس الكفالة وجب الدين للكفيل على الاصيل كما وجب للطالب على الكفيل ولكنه مؤجل على أن يؤدي عنه والصلح عن الدين المؤجل قبل حلول الاجل صحيح فان أدى الاصيل الطعام الى الطالب رجع على الكفيل بطعام مثله في ذلك كله (ما خلا خصلة واحدة) وهي ما اذا كان صالحه على طعام أقل من ذلك فانه لم يرجع الا بمثل ما أعطاه لان هذا كان منه اسقاطاً لبعض حقه واستيفاءً للبعض فلا يرجع عليه الا بقدر ما أوفاه وفيما سواه كان الصالح بينهما مبادلة وكان الكفيل كالمستوفي منه جميع الطعام بما أخذه من عوضه وانما استوفى ذلك ليقضى عنه ما عليه للطالب فاذا لم يفعل كان للاصيل أن يرجع عليه بما استوفى منه كما اذا أوفاه الطعام حقيقة ولو أخذ الكفيل الطعام من الاصيل قبل أن يؤديه ثم أداه كان التأجيل صحيحاً لانه استوجب المال عليه بمقدار الكفالة قبل الاداء والتأجيل في الدين بعد وجوبه صحيح ولو صالح الكفيل الاصيل على دراهم ثم افترقا قبل أن يقبضها فالصلح باطل لانه استوجب عليه الطعام ديناً فاذا صالحه على دراهم كان ديناً بدين فلا يكون عفواً بعد المجلس والدراهم لا تعين بالتعيين ما لم تقبض وكذلك لو صالحه على شئ بغير عينه مما يكال أو يوزن ما خلا الطعام فانه ان صالحه على نصف كره حنطة الى أجل فهو جائز لانه لا مبادلة بينهما في هذا الصلح وانما حط عنه نصف الكره وأجله في ذلك النصف وذلك مستقيم والله أعلم

باب الكفالة والحوالة إلى أجل

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مائة درهم الى أجل مسمى فضمنها رجل عنه الى

أجل دون ذلك أو أكثر منه أو مثله فهو جائز على ماسمي أما إذا لم يسم الكفيل شيئا فالمال عليه إلى ذلك الأجل لأنه بالكفالة انما يلتزم المطالبة التي هي ثابتة على الاصيل والمطالبة بهذا المال على الاصيل بعد حل الأجل فيثبت ذلك على الكفيل أيضا وأما إذا كفّل به إلى مثل ذلك فقد صرح بما هو مقتضى مطلق الكفالة والتصريح بمقتضى العقد لا يزيده الا وكادة وأما إذا كفّل به إلى أجل دون ذلك فلا نه لو كفّل به حال لزمه المال في الحال لان الاصيل لو أسقط الأجل لزمه المال في الحال فكذلك الكفيل وكفالاته على أن يؤديه حالا بمنزلة اسقاط الأجل فاذا جاز في جميع الأجل جاز في بعضه وان كفّل به إلى أجل أكثر من ذلك فلا نه لو كان المال حالا على الاصيل فكفّل به الكفيل إلى أجل مسمى صح ولم يطالب الكفيل الا بعد حل الأجل فكذلك إذا كفّل به إلى أجل أكثر من الأجل في حق الاصيل فان كان أصل المال حالا فأخذ الطالب المطلوب حتى أقام له به كفيلة إلى سنة فهو جائز والتأخير عنهما جميعا لأنه أضاف التأجيل إلى أصل المال وأصل المال ثابت في ذمة المطلوب فيثبت الأجل فيه ثم يثبت في حق الكفيل بثبوت في حق الاصيل وهذا بخلاف ما إذا أجل الكفيل سنة لان التأجيل هنا غير مضاف إلى أصل المال بل هو مضاف إلى المطالبة التي التزمها الكفيل بالكفالة فيبقى أصل المال حالا على الاصيل ولو أن الكفيل أخر المطلوب بعد الحل إلى أجل مسمى كان التأخير عن المطلوب للكفيل دون الطالب لأنه أضاف التأخير إلى ما استوجبه على الاصيل بالكفالة وذلك في حكم دين آخر سوى دين الطالب ولان التأخير تصرف من الكفيل باسقاط حق المطالبة إلى مدة وذلك صحيح منه على نفسه دون الطالب (ألا ترى) أنه لو صالحه على ثوب أو أبرأه عن بعضه جاز ذلك عليه دون الطالب ولم يرجع به على المكفول عنه حتى يمضي الأجل كما لو أجله بعد الاداء ولو أجل المال عليهما ثم أخر الطالب الاصيل سنة فهو تأخير عنهما ولو أخر الكفيل سنة كان له أن يأخذ الاصيل بها حالة اعتبارا للتأجيل بالأبراء فكما أن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل وإبراء الاصيل يوجب براءة الكفيل فكذلك التأخير وبعد ما أخر الاصيل إذا أدى الكفيل المال قبل الأجل لان اسقاط الكفيل الأجل صحيح منه فيما بينه وبين الطالب ودعواه غير صحيحة منه في حق المطلوب وان كان أخر الكفيل سنة ثم أداه الكفيل قبل الأجل كان له أن يرجع على الاصيل في الحال لان المال حال على الاصيل (ألا ترى) أن الطالب كان يطالبه به حالا فكذلك الكفيل يطالبه حالا بعد الاداء

بمخلاف ما سبق والكفالة بالقرض الى أجل مسمى جائزة لان بدل القرض مضمون تجرى
النيابة في أدائه فتصح الكفالة به وهو على الكفيل الى أجل وعلى المكفول عنه حالا لما بينا
أن الكفيل انما التزم المطالبة بالمقد وذلك يقبل التأخير بالتأجيل ولو كفل رجل مالا عن رجل
ثم كفل به عن الكفيل كفيل آخر وآخر الطالب عن الاصيل سنة فهو تأخير عن الكفيلين
لان أصل المال في ذمة الاصيل فاذا صار مافي ذمته مؤجلا ثبت الاجل فيما هو بناء عليه
(ألا ترى) انه لو أبرأ الاصيل منها برئ الكفيلان جميعا وان أخر عن الكفيل الاول فهو
تأخير عنه وعن الكفيل الآخر والمال على الاصيل حال اعتبار التأجيل بالبراء وهذا لان
المطالبة التي التزمها الكفيل الثاني بناء على المطالبة التي هي على الكفيل الاول فالتأجيل في
حق الكفيل الاول يكون تأجيلا في حق الثاني دون الاصيل ولو كفل رجل عن رجل
بألف درهم الى سنة ثم ان الكفيل باع الطالب بها عبدا قبل الاجل وسلمه اليه فاستحق العبد
فالمال على الكفيل الى أجله بمنزلة ماله كانت هذه المعاملة للطالب مع الاصيل وهذا لان
الاجل انما سقط حكما للمقد وقد انتقض العقد من الاصيل باستحقاق العبد فكان المال عليه
الى أجله وكذلك لو رده المشتري بعيب بقضاء قاض لان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ
للمقد من الاصل ولو رد بغير قضاء قاض ولم يسم أجلا فالمال حال على الكفيل لان هذا
بمنزلة الاقالة بمنزلة العقد الجديد فانها تعتمد التراضي الا انها جعلت فسخا فيما بين المتعاقدين
فيما هو من أحكام العقد الذي جرى بينهما والاجل ليس من ذلك في شيء فكان في حكم
الاجل هذا بمنزلة عقد مبتدأ فلا يثبت الاجل في بدله الا بالشرط ولو كان قضاء الالف
ممجلة بهجرة فوجدها ستوة فردها عليه كان المال عليه الى أجله لانه تبين انه ماضيا قابضا
لديه وسقوط الاجل من حكم قبضه فاذا لم يصرق قابضا كان المال مؤجلا عليه وكذلك ان
وجدها زبوا ففردها بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض لان الرد بعيب الزيادة فسخ للقبض
من الاصل بدليل أن الراد ينفرد به وان يرجع بموجب العقد والمقد لا يوجب التسليم مرتين
فلو لم ينتقض القبض من الاصل ما كان له أن يرجع بموجب العقد وهذا لان الزبوف غير
الحياد التي هي دين في الذمة فالمقبوض انما يكون حقاله على أن يتجاوز به فاذا لم يتجاوز به
ورده عرف أن المقبوض لم يكن حقاله وسقوط الاجل كان باعتبار أنه قبض حقه فاذا المدم
ذلك بقي الاجل كما كان وان كان حين إعطاء المال أعلمها انها زبوف فهو جائز لانه تجوز

بدون حقه فيصير الكفيل به قابضاً دينه ولا يجعل هذا مبادلة للاجل بالصفة لانه كان من غير شرط بينهما وانما تتحقق المبادلة اذا كان شرط ثم يرجع الكفيل على الاصيل بالجياذ لانه بالكفالة استوجب ذلك عليه ولو أن الكفيل أحاله بالمال على رجل الى أجل أو حال فمات المحتال عليه مفلساً رجع المال على الكفيل الى أجله لان الحوالة تنسخ بموت المحتال عليه مفلساً على ما بينا فانما يعود الحكم الذي كان قبل الحوالة وهو أن المال عليه الى أجله ولو كفّل رجل عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أن المال على أحدهما الى سنة وعلى الآخر الى سنتين فهو جائز لان هذا هو الشرط لما جاء في الحديث الشرط أملك أي يجب الوفاء به اذا أمكن وهو ممكن هنا لما بينا أن ما يلتزمه كل واحد من الكفيلين ينفصل عما يلتزمه الآخر في حكم الاجل فان حل الاجل على صاحب السنة بأدائه رجع به على الاصيل لان المال عليه حال وقد كفّل هذا الكفيل عنه بأمره وأداؤه لا يرجع به على الكفيل الآخر حتى تمضي سنة أخرى لان المال عليه مؤجل الى سنتين وهو كفيل عنه الى سنة فكما أن الطالب لا يطالبه بذلك إلا بعد سنتين فكذلك المؤدى عنه بحكم الكفالة لا يطالبه بشيء منه حتى تمضي السنتان ولو كان الاصيل باع الطالب عبداً بالمال وسلمه اليه برئ الكفيل من الكفالة لبراءة الاصيل فان رد الطالب العبد عليه بغير قضاء قاض لم يرجع المال على الكفيل لان هذا الرد بمنزلة عقد مبتدئ في حق الكفيل وان رده بقضاء قاض أو استحق العبد من يده رجع المال على الكفيل لان بهذا السبب ينسخ العقد من الاصل في حق الكل فيعود ما كان قبل العقد وهو المال على الاصيل والكفيل جميعاً واذا كان لرجل على رجل ألف درهم حالة أو الى سنة فأحاله بها على رجل الى سنة ثم مات المحيل وهي على المحتال عليه الى الاجل لان بالحوالة تحول أصل المال الى ذمة المحتال عليه وثبت الاجل حقاً له وهو حي محتاج الى الاجل فيبقى الاجل في حقه بعد موت المحيل وان مات المحتال حل المال عليه لانه استغنى عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع المال الى المحيل فان كان الى أجل فهو عليه الى ذلك الاجل وان لم يكن له أجل فهو حال عليه لان الحوالة تنسخ بموت المحتال عليه مفلساً فعاد ما كان من الحكم قبل الحوالة ولو كان لرجل على رجل ألف درهم قرض والمطلوب على آخر ألف درهم قرض فأحال المطلوب الطالب بالالف التي للمطلوب على الآخر الى سنة فهو جائز وهي له الى سنة لانها انما تجب للطالب على المحتال عليه بمقد

الحوالة والواجب بمقد الحوالة كالواجب بمقد الكفالة في صحة اشتراط الاجل فيه وليس للمحيل أن يأخذ المحتال عليه بالألف التي كانت له عليه لأنه إنما قبل الحوالة مقيدة بذلك المال فصارت مشغولة بحق الطالب ولا يبقى للمحيل سبيل على أخذها لو كانت عيناً له في يد المحتال عليه فكذلك اذا كانت ديناً في ذمته وإن أبرأه منها أو وهبها له لم يجوز لأن حق الطالب تعلق بها وذلك يوجب الحجر على المحيل عن التصرف فيها ولو صح منه هذا التصرف بطل حق الطالب قبل المحتال عليه لأنه ما التزم الحوالة بالمال مطلقة وإنما التزمها مقيدة بذلك المال فإذا سقطت عنه بالإبراء أو الهبة لم يبق عليه مطالبة بشئ (ألا ترى) أن الحوالة لو كانت مقيدة بوديعة في يد المحتال عليه فهلكت تلك الوديعة بطلت الحوالة فإن مات المحيل وعليه دين فما كان قبض المحتال له في حياته فهو له وما لم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء وعلى قول زفر رحمه الله الطالب أحق به من الغرماء لأنه بمنزلة المرهون وقد تقدم بيان هذه المسئلة فيما أمليناه من شرح الزيادات ولو أحوال رجل رجلاً على رجل بألف درهم إلى سنة ثم إن المحتال عليه ترك الاجل وجعلها حالة كان ذلك جائزاً لأن الاجل حقه فيسقط باسقاطه كما لو أسقط الاصيل الاجل قبل الحوالة فإن أداها لم يرجع بها على الاصيل المحيل حتى يمضي الاجل لأن اسقاط الاجل صحيح في حقه لا في حق المحيل ولو كان ديناً للمحيل على المحتال عليه ثم إن المحيل قضى المال من عنده كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وليس هذا بتطوع عنه لأن أصل دينه بقي على المحتال عليه إلا أنه كان لا يطالبه به لاشتغاله بحق الطالب فإذا زال ذلك الشغل بأن قضاء المال من عند نفسه كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وإنما لم يجعل هذا تطوعاً منه لأنه قصد به تخليص ذمته عن حق الغرماء بخلاف ما إذا قضاها عنه غيره فإنه يكون متطوعاً في ذلك لأنه ما قصد هذا المؤدى تخليص شيء لنفسه وهو نظير المير للرهن إذا قضى الدين لم يكن متبرعاً فيه بخلاف ما إذا قضاها غيره وإذا كان المؤدى متطوعاً كان المال الذي عليه له لاسقوط دين الطالب عنه بإبراء المتطوع كسقوطه بأداء نفسه ولو أحوال رجل بمال لابنه الصغير على رجل إلى رجل لم يجوز وكذلك الوصي لأن الحوالة إبراء الاصيل والاب والوصي لا يملكان الإبراء في دين الصغير وكذلك الوكيل إذا لم يفوض إليه الموكل ذلك والمراد الوكيل بالقبض لأنه ثابت في الاستيفاء وقبول الحوالة إبراء للاصيل وليس باستيفاء فاما الوكيل بالمقد إذا أحوال رجل على رجل بمال إلى أجل ثم إن المحتال عليه أحواله على آخر إلى

أجل مثل ذلك أو أكثر أو أقل لم يكن له أن يرجع على الطالب حتى يقبض الطالب ماله لان
بالحوالة لم يصير الطالب مستوفيا شيئا والمال بمرض العود على الأصيل فانه تنسخ الحوالتان
بموت المحتال عليه عليهما مفلسين ولو احتال رجل على رجل بمال الى أجل ثم مات المحتال
عليه وترك وفاء وعليه دين فكان في طلب الترماء وقسمته تأخير بعد الاجل لم يكن للطالب
أن يرجع على الاصيل حتى ينظر الى ما يصير أمره لان الحوالة باقية بعد موت المحتال عليه
مليا فان تركته خلف فيها هو المقصود وهو قضاء الدين منه ومع بقاء الحوالة لا سبيل للطالب
على المحيل في المطالبة بشئ والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الأمر بالضمان

(قال رحمه الله) واذا أمر رجل رجلا أن يضمن لرجل ألف درهم وليس بخليط له فضمنها
له فهي لازمة الكفيل يأخذ بها الطالب لانه التزمها وهو من أهله والمضمون ما يكون لازما
في ذمته ويكون هو مجبرا على أدائه فاذا أداها لم يرجع بها على الأمر لانه لم يأمره أن يضمن
عنه ولم يشترط الكفيل لنفسه ضمانها عليه وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول
أبي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع فقال يرجع بها على الذي أمره لان أمره اياه بالضمان
بمنزلة الاعتراف منه أن المال عليه وانه يلزم المطالبة عليه من المال ويسقط المطالبة عنه بالاداء
وقد بينا هذه المسئلة فأعادها في الفروع ولم يذكرها فيما سبق وقال ان قال الكفيل اني لم
أضمن لك ديننا كان لك على أحد وانما ضمنت لك مالا لم يكن علي ولا على غيره فان الطالب
لا يكاف شيئا ولا يطلب منه تفسير وجه هذا المال من أين كان وكيف كان ولكن كان
الكفيل يؤخذ بالضمان باقراره أو بالبينة التي قامت للطالب عليه بالضمان والكفيل هو الذي
ضيق حقه حين كفل على وجه لا يستطيع الرجوع به على أحد وهذا لان مطلق العقود الشرعية
محمولة على الصحة وقد باشر الكفيل الكفالة ظاهرا ووجه صحتها أن يكون ملتزما للمطالبة
بما هو واجب على الأصيل فيصير هو مقرا بذلك ثم هو بالكلام الثاني رجع عما أقر به أولا
فيكون رجوعه باطلا واقاراه وان لم يكن حجة على غيره فهو حجة عليه بمنزلة ما لو قال له لان
على فلان ألف درهم وأنا بها كفيل عنه بأمره وأنكر الاصيل ذلك كله فان المقر يطالب
بالمال ولا يرجع به على أحد اذا أدى وكذلك لو قال رجل لا خرا كفل لفلان بألف درهم

فقل أو قال احتال عليك فلان بألف درهم فأشهد له الآخر انه قال احتال عليه بألف درهم
فالل لازم للكفيل لمباشرته سبب الالتزام وهو الكفالة والحوالة وليس على الآمر من ذلك
شيء لانه أمره بالكفالة عنه وليس من ضرورة أمره اياه بالكفالة والحوالة وجوب أصل
المال عليه لان الكفالة والحوالة من المباشر كما تجوز بالمال الذي على الآمر لفلان تجوز
بالمال الذي على غيره لفلان ويحتمل أن يكون الآمر رسول ذلك المطلوب اليه أو فضوليا
أمره بذلك ومع الاحتمال لا يثبت المال عليه وكذلك لو كان الأمر عبدا أو مكاتباً أو صبياً
وان كان المأمور صبيّاً ناجراً لم يجب عليه الضمان لانه ليس من أهل الالتزام بالكفالة سواء
كان المال على الآمر أو غيره وان كان المأمور مرتدّاً فإن أسلم فضمانه جائز عليه وان قتل
على الردة فضمانه باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله كسائر تصرفاته وان لحق بالدار فذلك بمنزلة
موته فنقول ان رجع مستأثماً أخذناه بالضمان هكذا في بعض النسخ من الاصل والصحيح
فان رجع مسلماً لان المرتد لا يعطى الامان واذا خرج مستأثماً قتل على الردة ان لم يسلم وكان
الضمان باطلاً عند أبي حنيفة رحمه الله واذا قال رجل لآخر اضمن لفلان ألف درهم التي له
على أو قال أحلت لفلان عليك بألف درهم له على أو قال اضمن لفلان ألف درهم على أنها
لك على أو قال على أنى ضامن لها أو قال على أنى كفيل بها أو قال على أن تؤديها اليك
أو قال على أن تؤديها عنه فضمن له فهو جائز ويرجع به الكفيل على الأمر اذا أداه لان في
كلام الأمر تصريحاً بوجوب المال عليه للطالب فيكون هذا أمراً منه للمأمور في ذمته
مما يؤديه من ماله أو التزاماً له ضمان ما يؤديه الى الطالب وذلك يثبت حق الرجوع له عليه
اذا أدى واذا أمر رجل خليطاً له أن يضمن لفلان ألف درهم فضمنها له والأمر مقرر بأن
الألف عليه فأدى الكفيل المال رجع به على الأمر استحساناً لان الخلطة بينهما تقوم
مقام تصريحه بالأمر بالكفالة عنه فان الخلطة بينهما مقصودة لهذا وهو أن يؤدي عنه ماله
ليرجع به عليه فنزل ذلك منه منزلة قوله اضمن لفلان عني والخليط عندنا هو الذي يأخذ منه
ويعطيه ويدانيه ويضع المال عنده وكل من في عياله فهو بمنزلة الخليط نحو ابنه الكبير اذا كان
في عياله لانه يحفظ ماله في يده ولهذا لو وضع الوديعة عنده لم يكن ضامناً وكذلك ان أمر
الابن أباه والابن كبير في عيال أبيه أو المرأة زوجها فهو مثل ذلك كل واحد منهما يحفظ ماله
بيد صاحبه فذلك بمنزلة الخلطة بينهما واذا أحال رجل على رجل بألف درهم كانت للمحيل

على المحتال عليه فأداهما فقال المحيل المال لي وقال المحتال المال لي فالحق للمحيل لأن وجوب المال للمحيل على المحتال عليه معلوم ووجوب المال للمحتال غير معلوم وفي هذه الحوالة احتمال يجوز أن يكون المحتال وكيلا له في قبضها من المحتال عليه ويجوز أن يكون مقصوده إسقاط مطالبة المحتال عن نفسه بمال كان له عليه فلا يجب المال بالشك للمحتال على المحيل ولا يثبت مع الاحتمال الأدنى الأمرين وهو أن يكون المحتال وكيلا للمحيل في قبض المال فإذا قبضها أمر بتسليمها إليه حتى يثبت دين نفسه على المحيل وكذلك لو قال له اضمن له أنى التى لي عليك أو اكفل له بأنى التى لي عليك لأنه ليس فى كلامه اقرار بوجوب المال للطالب على الأمر ويحتمل أن يكون وكيلا له فى قبضه من مديونه ولو أن رجلا أتى خليطا له فقال اضمن لفلان ألف درهم فضمنها له وأداهما إليه فلا أمر أن يأخذها من المضمون له وهو وكيل للأمر فى ذلك وليس للكفيل أن يمتنع من دفعها الى المكفول لأنه ليس فى كلامه اقرار بوجوب المال للمضمون له عليه والخلطة بين الأمر وبين الضامن لا بينه وبين المضمون له وتلك الخلطة لا تكون دليل وجوب المال للمضمون له على الأمر فهذا كان المضمون له وكيل الأمر اذا قبض المال أمر بالدفع إليه وليس للضامن أن يمتنع عليه من دفعها الى المضمون له لأنه التزمها له بعقد الكفالة الا أن يحضر الأمر فان حضر وادعى أن المال له على الأمور كاف اقامة البينة على ذلك والا حلف المأمور وبرئ منهما فاذا حلف برئ من حق الأمر والمضمون له وكيل من جهته وبرأته عن مطالبة الموكل توجب البراءة من مطالبة الوكيل ضرورة لأنه ادعى لنفسه دينا عليه فيحتاج الى انبائه بالبينة واذا لم يكن له بينة فالحق قول المنكر مع يمينه ولو كان المأمور ليس بخليط للأمر كان الضمان جائزا لأنه التزمه بعقد الكفالة والمال للمكفول له دون الأمر لأن المكفول له لا يمكن أن يجمل وكيلا للأمر هنا فان ذلك لا يكون الا بعد وجوب المال للأمر على المأمور وليس فى لفظه ما يدل على ذلك ولا يثبت بينهما بدل على أنه انما ضمن المال له وكان هذا التزاما من المأمور للمكفول له خاصة ولو كان الكفيل خليطا للمكفول له لم يرجع على الأمر بشئ لأنه لا سبب بين الأمر وبين المأمور والخلطة التى بين الكفيل والمكفول له لا تكون دليلا على أن الأمر انما أمر المأمور بالضمان عنه فهذا لا يرجع عليه بشئ الا فى قول أبى يوسف الآخر رحمه الله على ما بينا والله أعلم بالصواب

باب تكفيل القاضى فى الدعوى

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل على رجل ما لا عند القاضى فأنكره وسأل المدعى أن يأخذ له كفيلا منه بنفسه وادعى أن له بينة حاضرة أخذ له منه كفيلا معروفا بنفسه ثلاثة أيام وفى القياس لا يأخذ كفيلا لآخر بنفس الدعوى لا يجب شئ على الخصم لكون الدعوى خبرا محتملا للصدق والكذب وفى الاجبار على اعطاء الكفيل إلزام شئ أباه وانما تركنا القياس للتعامل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فان القضاة يأمرؤن بأخذ الكفيل من الخصوم من غير تكير منكر ولا زجر زاجر وفيه نظر للمدعى لانه اذا حضر شهوده فلا بد من حضور الخصم ليشهدوا عليه وربما يهرب أو يخفى شخصه فيعجز المدعى عن اثبات حقه عليه وفى أخذ الكفيل بنفسه ليحضره نظر للمدعى ولا ضرر فيه على المدعى عليه فهو نظير الاستخلاف والخصم يستحلف عند طلب المدعى بعبء انكاره وان لم يتوجه له حق فى تلك الدعوى ولكن فيه منفعة للمدعى من غير ضرر فيه على الخصم اذا كان محقا فى انكاره وكذلك الاشخاص الى باب يثبت بنفس الدعوى بما لها من النظر للمدعى فكذلك أخذ الكفيل وشرط أن يكون الكفيل معروفا لان مقصود المدعى لا يحصل بالمجهول فقد يهرب ذلك المجهول مع الخصم والتعذير بثلاثة أيام ليس بلازم ولكن يأخذ كفيلا الى المجلس الثانى وقد كان القاضى فيهم يجلس بنفسه كل ثلاثة أيام وان كان يجلس فى كل يوم فربما يمرض للمدعى عارض فيتعذر الحضور فى المجلس أو المجلسين وانما أخذ الكفيلين لنظر المدعى فيؤخذ الكفيل على وجه لا يؤدي الى التعنت فى حق المدعى وان قال بينتى غيب لم يأخذ له منه كفيلا لانه لا فائدة فى أخذ الكفيل هنا فالتائب كالمالك من وجه وليس كل غائب يؤب وان أراد المدعى استخلاف الخصم يمكن منه فى الحال فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل وكذلك ان أقام شاهدا واحدا لان بالشاهد الواحد لا يثبت للمدعى شئ كما يثبت بنفس الدعوى وان قال لا بينة لى وأنا أريد أن أحلفه فخذ لى منه كفيلا لم يأخذ منه كفيلا ولكنه يستحلفه مكانه لان حكم اليمين لا يختلف باختلاف الاوقات والقاضى مأمور بفصل الخصومة فى أول أحوال الامكان وذلك فى أن يستحلفه للحال بكون المدعى طالب بذلك فلامعنى للاشتغال بأخذ الكفيل وان قال بينتى حاضرة فخذ لى منه كفيلا فقال المطلوب له لى كفيلا فانه يأمر الطالب أن يلزمه ان أحب حتى يحضر شهوده لان الملازمة فعل متعارف قد كان على عهد

رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم مرّ على أبي بن كعب رضي الله عنه وهو يلزم غريما له الحديث وليس تفسير الملازمة أن يقعد في موضع ويقعد الى جنبه فان ذلك حبس وليس له ذلك قبل أن يثبت دينه عليه ولكن (تفسير الملازمة) أن يدور معه حيثما دار فإذا دخل على أهله قعد من يلزمه على باب داره وان كان يخاف أن يهرب من جانب آخر فاما أن يقعد معه على باب داره حيث يراه أو يأذن له في أن يدخل معه ليلزمه اذ المقصود هو الامن من هروبه والتمكن من احضاره اذا حضر شهوده ولا يحصل الا بذلك وان أحب أن يستحلفه فعل لان اليمين حق الدعوى قبل المدعى عليه وله فيه غرض صحيح وهو التوصل الى حقه في أقرب الاوقات بنكوله وفيه اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهما الله وموضع بيانه شرح أدب القاضي للخصاف رحمه الله ولا ينبغي أن يسجنه لان الحبس أقوى العقوبات في دعوى المال فلا يثبت بمجرد الدعوى قبل أن يثبت المال عليه وان قال الطالب خذلى منه كفيلا باليمين التي ادعيتها في يده أخذه كفيلا بها أيضا لانه لا يتمكن من إقامة البينة الا باحضار العين وربما يخفيها الخصم ولا وجه لاجراجها من يده قبل اقامة المدعى حجته وكان أخذ الكفيل بها وأخذ الكفيل بنفسه سواء وان كان الكفيل بنفسه وبذلك الشيء واحدا جاز لان المقصود حاصل وان أراد الطالب كفيلا بنفسه ووكيلا في خصومته فان القاضي يأمر المطلوب أن يعطيه ذلك ثلاثة أيام هكذا قال هنا لان الخصم ربما لا يبالي بالكفيل بالنفس ويهرب فلا يتمكن المدعى من اثبات حقه بالبينة على الكفيل وفي الزيادات قال لا يجبر على اعطاء الوكيل في خصومته هذا هو الاصح لان المدعى عليه يقول أنا أهدي الى الخصومة من غيرى خصوصا في هذه الحادثة وربما لا ينظر الوكيل ولا يشتغل بالدفع بما أشتغل به اذا حضرت في الاجبار على اعطاء الكفيل اضرار به والقاضي ينظر لأحد الخصمين على وجه لا يضر بالآخر فاذا أراد الطالب أن يكون ضامنا لما قضى له عليه فان القاضي لا يجبر المطلوب على ذلك لان بعد اثبات الدين لا يجبر الخصم على اعطاء الكفيل به فقبل اثباته أولى وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى عينا فان هناك لا يتمكن من اثبات المدعى الا باحضار العين وهنا يتمكن من اثبات الدين عند احضار الخصم وانما الكفيل بالمال هنا للتوثق لجانب المطالبة ولم توجه له مطالبة بالمبال قبل اثباته فكيف يجبر على اعطاء الكفيل به وان بحث القاضي مع الطالب رسولا يأخذله كفيلا فكفل به الكفيل

الطالب أو أحضره القاضي فكفل عنده ثم رده الكفيل الى الطالب برى لان الكفالة كانت له وقد أوفاه حتمه حين سلم نفس الخصم اليه وان كانت الكفالة للقاضي أو لرسوله الذي كفل له به وقال زفر رحمه الله يبرأ لان الكفالة للطالب في الوجهين جميعا فانها تنبئ على دعواه ولكنها تقول المقصود لا يعتبر مع التصريح بخلافه وقد صرح الكفيل بالتزام النفس الى القاضي أو الى رسوله فلا يبرأ بدونه وان كفل له بنفسه الى ثلاثة أيام فتغيب الطالب فالكفيل على كفالته حتى يدفع صاحبه اليه ويرأ منه لان التزام التسليم اليه لا يبرأ بمضي الوقت بدون الوفاء بما التزم والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر مطلوباً كان أو طالباً والمستأنن والذمي والمرتد في جميع ذلك بمنزلة الحر المسلم لان الكفالة بالنفس تنبئ على الدعوى والدعوى صحيحة من هؤلاء وعليهم وان قدم رجل مكاتبه الى القاضي وادعى مضى أجل الكتابة وقال بينتي حاضرة نخذلي منه كفيلاً بنفسه لم يأخذه لانه عبده والمولى لا يستوجب على عبده حقاً قوياً يصح التزامه بالكفالة (ألا ترى) أنه لو كفل عن المكاتب لمولاه بسدل الكتابة الذي عليه لم يجز ذلك وكذلك لا يأخذ كفيلاً بنفسه في دعوى ذلك قبله (ألا ترى) أن المكاتب يتمكن من أن يمجز نفسه فلا يطالب بشيء من ذلك وكذلك لو ادعى على عبده تاجر دعوى وعليه دين أو لادين عليه فان المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولو ادعى المكاتب قبل مولاه ديناً فانه يؤخذ للمكاتب كفيل بنفس المولى لانه يستوجب قبل مولاه من الحق ما يستوجبه قبل غيره (ألا ترى) أنه لو كفل كفيل بالدين الذي له على مولاه جاز فكذلك يؤخذ له الكفيل بنفسه وكذلك العبد التاجر يدعى قبل مولاه ديناً وعلى العبد دين لان كسبه حق غرمائه فهو يستوجب قبل مولاه حق غرمائه وان لم يكن على العبد دين لم يؤخذ له من مولاه كفيل لان كسبه خالص حق المولى ولا حق له قبل مولاه اذا لم يكن عليه دين وان ادعى رجل دعوى والمدعى عليه محبوس في حق رجل فأراد الطالب أن يخرج من السجن حتى يخاصمه فقال الذي حبسه خذ لي منه كفيلاً بنفسه فيما لي عليه فانه يخرج من يخاصمه وهو معه حتى يرده الى محبسه ولا يأخذ منه كفيلاً بنفسه لانه في يده وهو محبوس معناه انما يخرج من مع أمينه وهو في السجن محبوس في يد أمينه فكذلك اذا أخرجه ولا غرض للطالب هنا في المطالبة بالكفيل سوى التعتيت فلا يجبره القاضي الى ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الكفالة بالنفس لا يحمل لها أجلاً انما ذلك على قدر خلوصه الى القاضي

حتى اذا كان يمكنه من التقدم الى القاضى في أكثر من ثلاثة أيام جاز ذلك على أكثر من ثلاثة أيام وهذا عندهم جميعا لان المعتبر توفير النظر على المدعى واذا كانت الدعوى في شيء بعينه نختف أن يعيها المطلوب وكانت غير معينة وضمتها على يدى عدل ولم أجعل لذلك وقتا وجعلته بمنزلة الكفالة لان في التمديل هنا معنى النظر للمدعى وليس فيه كثير ضرر على المدعى وقد بينا انه يأخذ كفيلا بتلك المين ولكن المقصود ربما لا يتم بأخذ الكفيل بأن يعيها الخصم ولم يعرف الشهود أوصافها فلا يتمكنون من أداء الشهادة فان كان ذلك مما يعرفه الشهود أو مما لا يمكن تعينه أصلا لم يصفه على يدى عدل لان النظر يتم بأخذ الكفيل بحضور من ذلك الشيء وأما المقار فليس فيه كفالة ولا يوضع على يدى عدل حتى يقيم البينة لان تعينه غير ممكن ولا حاجة الى احضارها لاقامة البينة وانما اقامة البينة بذكر الحدود فان قامت بينة وكانت أرضا فيها نخيل تمر فلا بد من أن يوضع هذا على يدى عدل اذا خيف على المطلوب استهلاكه لانه لما أقام البينة فقد ثبت حقه من حيث الظاهر (ألا ترى) انه لو قضى القاضى له قبل أن تظهر عدالة الشهود بعد قضاؤه فن تمام النظر له أن يوضع على يدى عدل لكيلا يتمكن المطلوب من استهلاكه ويؤخذ الكفيل في دعوى الدين وفي العتق والطلاق وجميع أجناس حقوق العباد مما لا يندرى بالشبهات واذا ادعى المدعى ألف درهم وقال سله أقر بمالى أو ينكره فانه ينبغى للقاضى أن يسأله عن ذلك ليعلم المدعى انه بماذا يعامله الناس فان أنكر قال للمدعى أحضر بيتك وان لم يقر ولم ينكر قال للمدعى أحضر البينة لان الساكت بمنزلة المنكر وان لم يكن للمدعى بينة وطلب يمينه فان كان أنكر استخلفه القاضى له وان لم يقر ولم ينكر فقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله أن القاضى لا يستخلفه ولكن يجبسه ليتجنب خصمه لان الاستخلاف لترجع جانب الصدق في انكار المدعى عليه فلا معنى للاشتغال به قبل انكاره وعن أبي يوسف ومحمد رحمه الله أن القاضى يستخلفه لان سكوته قائم مقام الانكار شرعا حتى يقبل عليه البينة بعد سكوته فكذلك يرض اليمين على الساكت حتى يقضى عليه بالنيكول لحق المدعى ولا ينبغى للقاضى أن يجبسه حتى يقر أو ينكر ولا يجبره على ذلك لانه ما ثبت عليه شيء بمجرد سكوته فلا يعاقبه بالحبس والمقصود حاصل من غير أن يجبره على الانكار لان سكوته قائم مقام انكاره فان المنكر ممتنع والساكت كذلك وان قال المطلوب للقاضى سل الطالب من أى وجه يدعى على هذا السال سأله من غير أن يجبره على ذلك فان

أبي أن يبين وجهه سأل البينة لانه بدعوى المال قد تم ما كان محتاجا اليه من جانبه وربما يضره بيان الجهة وليس للقاضي أن يجبر أحدا على ما يضره ولا أن يحبسها اذا امتنع من ذلك ولكن يسأله البينة فان لم تكن له بينة استحلف المطلوب بالله ماله قبله هذا الحق ولا شئ منه فان حلف دعا المدعى ماعلى شهوده وفي هذا بيان ما ان للمدعى أن يستحلف الخصم وان كان شهوده حضورا وهو قولها فأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يستحلفه اذا زعم المدعى أن شهوده حضورا هكذا ذكره في النوادر لان مقصود المدعى من ذلك هتك ستر المدعى عليه واقتضاه واذا شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال أحدهما هي بيض وقال الآخر سود وللبيض صرف على السود فان ادعى الطالب البيض أو ادعى المالكين جميعا قضيت له بالسود لاتفاق الشاهدين على ذلك لفظا ومعنى فان البياض صفة زائدة لا تثبت بشهادة أحدهما وتبقى شهادتهما على أصل الالف فيقضى بالقدر المتيقن وهو الشهود وان ادعى المدعى السود بطلت شهادة الشاهد على البيض لانه أكذب في ذلك ولا يقضى له بالسود حتى يحضر شاهدا آخر عليها وكذلك لو أشهد بكر حنطة فقال أحدهما جيد والاخر ردىء أو شهد أحدهما بكر حنطة والاخر بكر شعير لم يقض للقاضي بشئ لان لكل واحد من الجنتين شاهدا واحدا والمدعى انما يدعى أحدهما فيكون مكذبا أحد شاهديه ولو ادعى عليه مائة درهم فشهد له بها شاهد والاخر بمائتين لم تقبل الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولها تقبل على مقدار المائة وهذا بناء على ما سبق ان عندهما الموافقة بين الشاهدين معنى يكنى لقبول الشهادة وعند أبي حنيفة رحمه الله يعتبر اتفاقهما في اللفظ والمعنى جميعا ولو ادعى مائة وخمسين فشهد له أحدهما بمائة والاخر بمائة وخمسين جازت شهادتهما على المائة لانهما اتفقا عليها لفظا ومعنى وانما تفرد أحدهما بزيادة الخمسين وهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر ولو ادعى خمسة عشر فشهد له شاهد بعشرة والاخر بخمسة عشر لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله في شئ لان هذا كله اسم واحد لقدر معلوم بدليل انه خلا عن حرف العطف فهو كالمائة والمائتين وعندهما تقبل الشهادة على الأقل في جميع ذلك وهو قول شريح رحمه الله فانه شهد عنده شاهدان أحدهما بتسعمائة والاخر بثمانمائة فقضى شريح رحمه الله بالأقل وروى نحو ذلك عن الحسن وابراهيم رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله سمعت ابن أبي ليلى رحمه الله يقول شهادة أهل الاهواء جائزة وقد بينا هذا في كتاب الشهادات لنهقول علمائنا رحمهم

الله وبين المعنى فيه فقال انما الهوى شئ افتتن به رجل فأخطأ في ذلك فلا ينبغي أن يبطل به
شهادته وانما دخلوا في الهوى لشدة المبالغة في الدين فانهم عظموا الذنوب حتى جعلوها كفرا
فيؤمن عليهم شهادة الربا (ألا ترى) أن أعظم الذنوب بعد الكفر القتل ثم دماء أصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم أعظم الدماء وقد قتل بعضهم بعضا فلو شهد بعضهم على
بعض أما كان تجوز شهادتهم الا الخطائية وهم صنف من الروافض فانهم بلغنى أن بعضهم يصدق
بعضا بما يدعى ويشهد له به اذا حلف عنده انه يحق فهذا منهم في شهادته فلا أقبل شهادته لهذا
واذا ادعى رجل قبل رجل ألف درهم وقال خمسمائة منها من ثمن عبد قد قبضه وخمسمائة
من ثمن متاع قبضه وجاء بشاهدين فشهد أحدهما على خمسمائة ثمن عبد وشهد الآخر على
خمسمائة ثمن متاع قد قبضه فانه يجوز من ذلك خمسمائة لان البيع انتهى بتسليم المعقود عليه
وانما دعواه دعوى الدين فهو كما لو ادعى ألفا وشهد له الشاهدان بخمسمائة ولو شهد شاهدان
أن لرجل على رجل ألف درهم وشهد أحدهما انه قبض منها خمسمائة وأنكر الطالب قبضها
فشهادتهما بالف جائزة لانهما اتفقا على وجوبها وانما تفرد أحدهما بالشهادة بشئ آخر وهو
انه قضاة خمسمائة ولو قضاة جميع المال لم يبطل به أصل الشهادة فهذا مثله وعن زفر رحمه الله
أن هذه الشهادة لا تقبل لان المدعى مكذب أحد شاهديه ولكننا نقول هو غير مكذب له
فيما شهد له به وانما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يضره فكل أحد يصدق الشاهد فيما شهد له
به ويكذبه فيما شهد عليه أرايت لو شهد أحدهما انه أجره سنة أ كنت تبطل شهادته على أصل
المال بذلك ولو شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال الطالب انما لى عليك خمسمائة
وقد كانت ألفا فقبضت منها خمسمائة ووصل الكلام أو لم يصل فان شهادتهما جائزة بخمسمائة
لانه لم يكذبهما بل وفق بين دعواه وشهادتهما بتوفيق محتمل فقد يستوفى المدعى بعض حقه
ولا يعرف الشاهد بذلك ولو قال لم يكن لى عليك قط إلا خمسمائة أبطلت شهادتهما لانه قد
أكذبهما فيما يشهدان له من الزيادة ولو شهدا على رجل لرجل بألف درهم من ثمن جارية قد
قبضها المشتري فقال البائع قد أشهدهم المشتري بهذه الشهادة والدين باق عليه من ثمن الدين
متاع أجزت شهادتهما لما بينا أن المبيع اذا كان مقبوضا فالمعقد فيه منتهى وانما دعواه دعوى
الدين وقد صدق الشهود في ذلك ولو قال لم يشهدا بهذا ولكن أشهدهما أنه من ثمن
متاع أبطلت شهادتهما لانه أكذبهما فيما شهدا له به وأقر عليهما بالغة والنسيان ولو شهد أنه

كفل له بألف درهم عن فلان كان له أن يأخذه بالمال لأنه ما كذبهما في الشهادة ويجعل ما
 ثبت بشهادتهما كالثابت باقرار الخصم ولو قال لم يقر بهذا وانما أقر أنها كانت عن فلان بطلت
 شهادتهما لأنه قد أ كذبهما ولو أنكر المطلوب أن يكون للطالب عليه شيء فشهد له شاهدان
 بألف درهم نجاء المطلوب بشاهدين يشهدان بالبراءة منها والدفع اليه أجزت ذلك لأنه لا
 منافاة بين انكاره للمال في الحال وبين ما ادعى من البراءة والايفاء وكذلك لو قال لم يكن له
 على شيء قط ثم أقام البيينة على البراءة والايفاء وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول هنا لا تقبل
 بيئته لكونه مناقضا في دعواه ولكننا نقول هو غير مناقض لأنه يقول ما كان له على شيء قط
 ولكن افتديت نفسي من المال الذي ادعاه علي أو سألته أن يبرئني ففعل ذلك والبيينة حجة
 فلا يجوز ابطالها مع العمل بها ولو كان قال لم أدفع اليه شيئا أو لم أقبضه شيئا أو لم أعرفه أو لم
 أكلمه أو لم أخاطبه لم أقبل منه البيينة بعد ذلك علي دفع المال لان ما تقدم من كلامه ا كذاب
 منه لشروده وشهادة الشاهدين على البراءة في دين أو كفالة وقد اختلفا في الوقت أو المكان
 جائزة لان البراءة جائزة باقرار من الطالب فلا يضرهم الاختلاف في المكان أو الزمان ولو
 كانوا كفلاء ثلاثة بعضهم كفيل عن بعض فشهد اثنان علي واحدا أنه دفع المال الذي عليهم
 لم تجز شهادتهما لانهما ينفعان أنفسهما بذلك وهو اسقاط مطالبة الطالب عنهما ولم يرجع
 عليهما المشهود له بشيء لانهما لم يبرآ من شيء من حق الطالب وانما يرجع الكفيل على الاصيل
 اذا استفاد الكفيل البراءة من حق الطالب فاذا لم يوجد ذلك لم يرجع عليهما بشيء والله أعلم

باب ما يصدق فيه الدافع من قضاء الدين

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ثمانية درهم كل مائة منها في صك فصك منها
 قرض وصك كفالة عن رجل وصك كفالة عن آخر فدفع المطلوب مائة درهم الى الطالب
 وأشهد أنها من صك كذا فهي من ذلك الصك لأنه هو المعطى وقد صرح في الاعطاء بالجبة
 التي أعطى بها المال فتصريحه بذلك في منه الاعطاء بسائر الجهات ولا معارضة بين النافي والمثبت
 وكذلك ان لم يشهد عند الاعطاء فوقع الاختلاف بينه وبين الطالب في الجبة التي أعطى بها
 فالقول قول المطلوب لأنه هو المالك لما أدى من الطالب والقول في بيان جبة الطالب للتملك
 قول المالك لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايمان فالقول ما يقوله البائع وهذا لأنه

لو أنكر المليك أصلا كان القول قوله فكذلك إذا أقر بالتملك من جهة دون جهة وهذا لان المديون إنما يقضى الدين بملك نفسه والانسان مطلق التصرف في ملك نفسه مقبول البيان فيه في الانتهاء كما في الابتداء اذا كان مفيدا له وهذا بيان مفيد وربما يكون ببعض المال رهن فتعين المدفوع مما به الرهن ليسترد الرهن وربما يكون ببعض المال كفيل فتعجل المكفول له من ذلك ليرى كفيله وان مات الدافع قبل أن يقول شيئا من ذلك كانت المائة من كل صك ثلاثة لانه ليس جعل المدفوع من بعضها بأولى ببعض ولا بيان في ذلك لورثته لانهم إنما يخلفونه فيما صار ميراثا لهم والمال الذي قضى به دينه لم يصير ميراثا لهم لانه مجرد رأى كان له في التبعين فلا يصير ميراثا وهو حق البيان لما أراده عند الاعطاء ولا طريق لورثته الى معرفة ذلك فلا يقومون فيه مقامه كحق البيان في العتق المبهم وكذلك ان مات الدافع والمدفوع اليه واختلفت الورثة فأنها من كل صك ثلاثة الى أن تقوم البينة على شيء كان من الدافع قبل موته فيها تمين بعض الجهات فيجعل الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة أو يتصادق الورثة كلهم على شيء يعنى ورثة الدافع والمدفوع اليه لان الحق لهم فاذا تصادقوا على شيء كان ذلك كالثابت بالبينة أو يكون القابض حيا فيقول شيئا فتصدقه ورثة الدافع في ذلك ولو كان لرجل على رجلين ألف درهم في صك ثم ان أحدهما كفل عن صاحبه بأمره ثم أدى خمسمائة مما في الصك فجعله من حصة المكفول عنه عند الدافع أو بعد الدفع فذلك صحيح والقول فيه قوله ويرجع بها المكفول عنه لانه هو المالك لما أدى وهذا البيان منه مفيد فاذا قبل منه كان مؤديا دين الكفالة فيرجع على الاصيل لانه كفل عنه بأمره ولو لم يؤد شيئا حتى كفل الآخر عنه أيضا بأمره فصار كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه أو كانت الكفالة على ذلك في أصل الصك في عقد البيع أو القرض فأيهما قضى شيئا فهو من حصته خاصة دون حصة صاحبه حتى يؤدي حصته لانه لا فائدة له في أن يجمل المؤدي عن صاحبه لا من جهة صاحبه بأن يقول أنا كفيل عنك بأمرك وأداؤك عني كأدائي بنفسي فكان لي أن أجمل المؤدي عنك فأنا أجعله الآن عنك فلا يزال يدور كذلك بخلاف ما سبق فالمؤدي هناك اذا جعل المؤدي عن صاحبه لا يكون لصاحبه أن يمارضه فيجمل المؤدي عنه لان صاحبه ليس بكفيل عنه فان أدى زيادة على مقدار حقه كانت مما كفل به عن صاحبه لان صاحبه لا يتمكن في معارضته من هذه الزيادة وقد استفاد البراءة عن حصته بأدائه وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك ان شرط عند الاداء

للنصف أن يؤدي ذلك من حصة صاحبه فانه لا يكون من حصته حتى يؤدي زيادة على النصف
لأن هذا الشرط حق لا يفيد شيئا فإن صاحبه يعارضه بجعل المؤدى عنه . ولو كان ثلاثة نفر
عليهم ألف درهم من ثمن بيع وبعضهم كفلاء عن بعض كان ما أدى أحدهم من حصته الى
الثلاث فاذا جاوز الثلاث كانت الزيادة من حصة صاحبه لا يستتبع أن يجملها من حصة
أحدهما دون الآخر لأن كل واحد من الآخرين كفيل عن صاحبه كما أنه كفيل عنهما فاذا
جمل الزيادة من حصة أحدهما كان للجمل ذلك من حصته أن يجمله من حصة الآخر
بالطريق الذي بينا فتحققت المعارضة بينهما فلماذا كانت الزيادة من النصيبين جميعا فيرجع على كل
واحد منهما بنصف ذلك كما هو قضية المعارضة والمساواة ولو كانوا مكاتبين ثلاثة بعضهم
كفلاء عن بعض فأدى بعضهم طائفة من الكتابة كان ذلك من حصتهم جميعا قل المؤدى أو
كثر ولو جملها المؤدى من حصته أو حصة صاحبه أو أحدهما يجوز ذلك لأنهم كشخص
واحد في حكم هذه المكاتبه اذ لو لم يجملهم كذلك لم يصح فإن الكفالة من المكاتب والكفالة
بدل الكتابة لا تكون صحيحة والمكاتب الواحد لو أراد أن يجمل المؤدى عن بعض نفسه دون
بعض لم يكن ذلك شيئا فهذا مثله بخلاف ما سبق فهناك كل واحد منهم أصل في بعض المال
كفيل في البعض لأن ذلك في ثمن المبيع صحيح من الأحرار * توضيح الفرق ان في جعل
المؤدى من نصيب المؤدى خاصة في باب الكتابة ابطال شرط المولى لأنه شرط أن لا يمتنع
واحد منهم حتى يصل اليه جميع المال فاذا أدى أحدهم الثلث وجعلنا ذلك من نصيبه خاصة
عتق هو لأنه برئ مما عليه من بدل الكتابة وبراءة المكاتب على أى وجه كان توجب التمتع
وفي هذا ابطال شرط المولى فلماذا كان المؤدى عنهم جميعاً وذلك لا يوجد في ثمن المبيع لانا وان
جعلنا المؤدى هناك من نصيب المؤدى خاصة يبقى البائع في حبس المبيع الى أن يصل اليه الثمن
فجعلنا ذلك من حصته ما لم يزد المؤدى على الثلث ولو كان لرجل دين مائة درهم وله عنده
وديعة مائة درهم فدفع اليه مائة درهم فقال الطالب هي وديعتي وقال المطلوب هلك
الوديعة وهي من الدين الذي كان لك فالقول قول الدافع مع يمينه لأن الاختلاف بينهما في
الملك المدفوع وقد كان ذلك في يد الدافع فيكون القول قوله في أنه ملكي ولأنه أمين في
الوديعة مسلط على ما يخبر به من هلا كهافيثبت القول بهلاك الوديعة وبقي الدين وقد دفع الى
الطالب مثل الدين على جهة قضاء الدين فتبرأ ذمته من ذلك بعد أن يحلف على ما يدعى من

هلاك الوديعة والكفالة بالمال في المرض بمنزلة الوصية حتى يبطل لمكان الدين المحيط بالتركة ويبطل اذا وقعت لوارث أو عن وارث ويبطل فيما زاد على الثلث اذا كان لاجنبي لانه التزم المال على وجه التبرع فيكون بمنزلة تملك المال في مرضه على وجه التبرع الا أن يبرأ من مرضه فحينئذ يكون صحيحا على كل حال لان المرض يتعقبه برؤه بمنزلة حال الصحة فان مرض الموت ما يتصل به الموت وما لا يكون مرض الموت لا يكون مغيرا للحكم فانما لا تصح الكفالة من المريض للوارث وعن الوارث لان فيه منفعة للوارث وهو محجور عن القول الذي فيه منفعة لوارثه فيما يرجع الى المال ولو كفّل المريض عن رجل بألف درهم وأقر بدين يحيط بماله فلا شيء للمكفول له لان الكفالة تبرع واصطناع معروف كالهبة والدين مقدم على الهبة في المرض سواء كان بالاقرار أو بالبينة ولو كان له ثلاثة آلاف درهم فكفّل بألف درهم ثم مات جاز ذلك وأخذ من ماله ألف لخروج المكفول به من ثلث ماله ثم يرجع ورثته على المطلوب اذا كان كفيلا بأمره كمالو أدى بنفسه في حياته واذا كانت الكفالة منه في الصحة بألف درهم فمات الكفيل وعليه دين فضرب المكفول له بدينه مع غرمائه فأصابه خمسمائة ثم مات المكفول عنه وعليه دين ضرب المكفول له في ماله بالخمسمائة التي بقيت له لبقاء ذلك القدر له في ذمة الاصيل بعدما استوفى الخمسمائة من تركة الكفيل وضرب وارث الكفيل بالخمسمائة دراهم التي أدى لانه كان أدى بحكم الكفالة عنه بأمره فكان ذلك ديناً عليه فما أصاب وارث الكفيل فانه يقسم بين غرماء الكفيل بالخصص ويضرب المكفول له بما بقي له أيضا (وهذه) هي المسئلة التي بنينا فيما سبق أن في هذا جذر الاصم وأنه لا وجه لتخريجها الا بطريق التقريب فان ما يستوفى المكفول له ثانيا مما في يد الوارث للكفيل يرجع به وارث الكفيل في تركة المكفول عنه أيضا فتنتقض القسمة الاولى ولا يزال يدور هكذا الى أن ينتهي الى ما لا يمكن ضبطه ولو أن متفاوضين عليهما ألف درهم مانا جميعا وتركاهما علي كل واحد منهما ألف درهم مهر امرأته قسم المال بينهما نصفين ولم يضرب الطالب في مال أيهما شاء بألف درهم لان كل واحد منهما مطلوب بجميع الالف بعضها بحجة الاصله وبمضاهيها بحجة الكفالة فيضرب بجميع الالف في تركة أيهما شاء وتضرب امرأته بمهرها أيضا ثم يضرب مع امرأة الآخر بما بقي وتضرب هي بألف درهم هكذا ذكره شيخ الاسلام جواهر زاده وتضرب هي بالذي بقي لها من مهرها ولا ترجع الورثة بالذي أخذ منه أول مرة في مال الثاني بشيء الا أن يكون الطالب أصاب

من ماله أكثر من النصف لأنه في مقدار النصف هو أصيل فإن كان المقبوض النصف أو مادونه لا ترجع ورثته في تركه الآخر بشئ من ذلك وإن كان أكثر من النصف فيخند يضربون بالفضل لأنهم أدوا ذلك بجهة كفالة صاحبهم عن شريكه بأمره فإذا قبضوا شيئاً من ذلك كان المقبوض لأمرائه وللطالب أن يبق له شئ بالحصص ثم عند ذلك يعود الجذر الأصم وما لا طريق إلى معرفته إلا من الوجه الذي قدرنا أن كل ما يستوفيه الطالب يثبت لهم حق الرجوع به في تركه الشرقة فتنتقض به القسمة الأولى والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ادعاء الكفيل أن المال من ثمن خمر أو ربا

(قل رحمه الله) وإذا كفّل رجل عن رجل بألف درهم بأمره ثم غاب الأصيل فادعى الكفيل أن الألف من ثمن خمر فإنه ليس بمخصم في ذلك لأنه التزم المطالبة بكفالة صحيحة والمال يجب على الكفيل بالتزامه بالكفالة وإن لم يكن واجباً على الأصيل (ألا ترى) أنه لو قال لقفلان على ألف درهم وأنا بها كفيل بأمره وجحد الأصيل ذلك فإن المال يجب على الكفيل وإن لم يكن على الأصيل شئ فهذا تين أنه ليس في ادعائه أن المال من ثمن خمر أو ما يسقط المال عنه فلا يكون خصماً في ذلك وهو مع هذا مناقض في دعواه لأن التزامه بالكفالة إقرار منه أن الأصيل مطالب بهذا المال والمسلم لا يكون مطالباً بثن خمر فيكون مناقضاً في قوله أن المال من ثمن خمر والدعوى مع التناقض لا تصح حتى أنه لو جاء بالينة على إقرار الطالب بذلك لم يقبل بعد أن يكون الطالب يجهل ذلك ولو أراد استحلاف الطالب لم يكن عليه يمين لأن توجّه اليمين وقبول الينة تبني على دعوى صحيحة إلا أن يقر الطالب بذلك فيخند هو مناقض ولو صدقه خصمه في ذلك والتصديق من الخصم صحيح مع كونه مناقضاً في دعواه ثم إن أصل سبب التزام المال جرى بين المطلوب والطالب والكفيل ليس بمخصم في ذلك المقدم ويدعى معنى كان في ذلك المقدم حتى إذا ثبت ذلك ترتب عليه خروجه من أن يكون مطالباً بالمال ولا يمكن إثبات ذلك بالينة لأنها ينة تقوم للغائب والينة للغائب وعلى الغائب لا تقبل إذا لم يكن عنه خصم حاضر وهو بمنزلة المشتري للجارية إذا ادعى أنها زوجة لقفلان الغائب وأراد إقامة الينة على ذلك ليردها باليب لا يكون خصماً في ذلك فهذا مثله (والحوالة) في هذا الكفالة وكذلك إن كان كل واحد منهما ضامناً عن صاحبه لأن أصل المال على غير

هذا الكفيل فهو لا يكون خصما فيما على غيره فهذا تنصيص على ما أشرنا اليه في أن الطريق
الاصح في الكفالة أن الكفيل يلتزم المطالبة بما على الاصيل ولا يلتزم أصل المال في ذمته
ولو أدى الكفيل المال الى الطالب وغاب الطالب وحضر المكفول عنه فقال المال من ثمن
خمر وجاء بالبينة لم يكن بينه وبين الكفيل خصومة في ذلك ويدفع المال الى الكفيل لانه
التزم المال بأمره وأدى فيرجع عليه كيف كان ذلك المال ويقال للمكفول عنه اطلب صاحبك
نفاصمه وهذا لما بينا انه يدعي سببا في تصرف جرى بينه وبين الغائب وهذا الحاضر ليس
بخصم عن الغائب أو لانه منافي فانه أمره أن يلتزم المطالبة التي هي متوجبة عليه بجهة الكفالة
ولو أقر الطالب عند القاضي أن ماله عنده من ثمن خمر فهذا مثله وهو اقرار ببراءة الاصيل وهو
بمنزلة ماله قال لم يكن لي على الاصيل شيء وذلك يوجب براءة الكفيل والاصيل (الأثرى)
انه لو أبرأ الاصيل برئ الكفيل فاذا بقي أصل المال من الاصيل باقراره أولى أن يبرأ الكفيل
فان أقر الطالب بذلك وأبرأ القاضي الكفيل ثم حضر المكفول عنه فافر ان المال الذي عليه
قرض لزمه المال ان صدقه الطالب بذلك لتصادقهما على أن وجوب المال له عليه بسبب صحيح
ولا يصدقان على الكفيل لان قولهما ليس بحجة على الكفيل وقد استفاد الكفيل البراءة بما
سبق من اقرار الطالب ويجعل هذا من المطلوب بمنزلة اقراره للطالب ابتداء بدين آخر سوى
الدين كان كفيل به الكفيل ولو أن مسلما باع مسلما خمرأ بألف درهم ثم أحال مسلما عليه بها
بطلت الحوالة ولو أحاله بألف درهم فجعلها له بذلك ثم غاب المحيل وقال المحتال عليه المال
الذي على من ثمن خمر وأقام البينة فلا خصومة بينه وبين الطالب في ذلك لانه التزم المال بالحوالة
فعليه أداء ما التزم وهو انما يدعي سببا مبطلا بمقد جرى بينه وبين الغائب وهذا الحاضر ليس
بخصم عنه في ذلك فاذا دفع المال ثم حضر المحيل خاصمه ان أقام عليه بينة بذلك رجع عليه
بالمال لانه قبل الحوالة بأمره وأدى واستوجب الرجوع عليه فكان تقع المقاصة بما للمحيل
عليه فاذا تبين أنه لم يكن للمحيل عليه شيء كان له أن يرجع عليه بالمال وان لم يؤد المال
حتى يحضر المحيل نفاصمه وجاء بالبينة أنها من ثمن خمر أبطلها القاضي عن المحتال عليه لانه
قبل الحوالة مقيدة بالمال الذي للمحيل عليه وقد تبين انه لم يكن للمحيل عليه شيء فكانت
الحوالة باطلة وان كان أحاله عليه حوالة مطلقة بألف درهم لم يبرأ منها ولكنه يؤديه ويرجع
بها لان الحوالة المطلقة لا تستدعي مالا للمحيل على المحتال عليه ولا في يده الا أنه اذا كان

للمحيل على المحتال عليه لم يرجع به عليه واذا كانت مطلقة يؤدي المال ثم يرجع بمثلها عليه
واذا باع الرجل رجلا عبدا بألف درهم ثم أحال البائع غريمه على المشتري بالمال الذي باعه
به العبد ثم استحق العبد أو وجد حرا فان اتقانى يبطل الكفالة والحوالة لانه ظهر انه أحال
عليه بمال ولا مال ولو رد بسبب بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى لم تبطل الحوالة والكفالة
وكذلك لو مات العبد قبل القبض وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله تبطل الحوالة اذا كانت
مقيدة بوجه قوله ان الثمن الذى تقيدت به الحوالة بطل من الاصل لانفساخ العقد من
الاصيل ولو ظهر بطلانه تبطل الحوالة فكذلك اذا بطل من الاصيل الا أنا نقول ان الحوالة
لما صححت مقيدة بمال واجب عنده ولم يتبين أنه لم يكن واجبا أو بطل انما يبطل ببطلانه ان لو
كان له تعلق بالدين بها أما من حيث الوجوب فلا يشكل لان تعلق الدين بالذمة لا بالدين
ولا تعلق به استيفاء لان تعلقه به استيفاء انما يستقيم اذا كان قابلا للاستيفاء والدين لا يقبل
استيفاء دين آخر منه الا بعد خروجه فقبل خروجه منه لم يكن لدين الحوالة تعلق به بوجه
من الوجوه فصار كالحوالة المطلقة في حالة البقاء فلا تبطل ببطلانه ولا يلزم اذا أحال على مودعه
ليستوفى دينه من الوديعة ثم هلك الوديعة حيث تبطل الحوالة لان ثمة للدين تعلق به
استيفاء لكونه قابلا للاستيفاء منه فجاز أن يبطل ببطلانه واذا أحال رجل رجلا على رجل
بألف درهم كانت للمحتال على المحيل وكان مثله للمحيل على المحتال عليه ثم مات المحيل وعليه
دين كان ماله الذى على المحتال عليه بين غرمائه وبين المحتال له بالخصص ولا يختص المحتال له بذلك
عندنا وعند زفر رحمه الله يختص به لانه اختص به في حال حياته حتى كان أحق به من المحيل
حتى لو حبر المحيل عن استيفائه فيخص به بعد موته بمنزلة المرتين في حق الراهن ولكننا نقول
ان ما في ذمة المحتال عليه مال المحيل لانه بمقد الحوالة لا يصير له محتال له لان الدين لا يقبل التملك
من غير من عليه الدين ومتى كان باقيا على ملكه كان بين غرمائه بالخصص لما مر انه لا تعلق
لحقه بالدين قبل الخروج فصار هو وسائر غرمائه سواء وانما منع المحيل من التصرف فيه
باعتبار عرصة الخروج لانه لو خرج يكون المحتال له أحق بها ولهذا كان التوي على المحيل
لان الحوالة كانت مقيدة به وقد استحققت فصار بمنزلة الاستحقاق من الاصيل فيعود
الدين على المحيل والله أعلم

باب الحبس في الدين

(قال رحمه الله) ويحبس الرجل في كل دين ما خلا دين الولد على الأبوين أو على بعض الأجداد فانهم لا يحبسون في دينه أما في دين غيرهم فيحبس لانه بالمطل صار ظلما والظالم يحبس وانه عقوبة مشروعة ولهذا كان حدا في الزنا في ابتداء الاسلام قال الله تعالى في حق قطاع الطريق أو ينفوا من الأرض والمراد به الحبس وكذلك حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة وكذلك على كرم الله وجهه اتخذ سجينين سمي أحدهما نافعا والآخر محبسا وكذلك شريح رحمه الله كان يحبس الناس وحبس ابنه بسبب الكفالة عن رجل ولا يحبسه في أول ما يتقدم الى القاضي ولكنه يقول له قم فأرضه لان الظلم لا يتحقق من أول وهلة فان عاد اليه مرة أو مرتين يحبسه والقياس في دين الولد على والديه هكذا الا أنا استحسننا في دين الوالدين ومن كان في معنهم أنه لا يعاقب الوالد بسبب الجناية على ولده قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد لولده ولا يعاقب بسبب الجناية على ماله لان له ضرب تأويل في ماله وذ كر حديث على كرم الله وجهه انه اتخذ سجينين وقال فيه

ألا تراني كيسا مكيسا يثبت بمد نافعا محبسا

وعن الشعبي رحمه الله أن رجلا أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال يا أمير المؤمنين اجزني فقال مم قال من دين قال عمر رضى الله عنه السجن ثم قال عمر رضى الله عنه كانت بالطلبة حلوز ذكر هذا لبيان ان الحبس مشروع قال أبو حنيفة رحمه الله لا يباع مال المديون المسجون في دين عليه الا أن يكون عليه دنائير أو يكون عليه دراهم فاضطر فها بدراهم وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله يباع ماله وهى مسائل المجز ثم ذكر عن عمر رضى الله عنه أنه خطب الناس ثم قال في اسفع جهينة رضى من دينه وأمانته ان يقال له سبق الحاج فادان معرضا حتى دين به فمن كاذله عليه شيء فليقد علينا فانا بأئع ماله قاسم منه بين الفرما واياك والدين فان أوله هم وأخره حرب ونم ما قل فان الدين سبب العداوة خصوصا في زماننا فيؤدى الى اهلاك النفوس ويكون سببا لهلاك المال خصوصا مدانة المغاليس والحرب هو الهلاك ثم اذا حبس المديون ولم يدع الاعسار فظاهر انه لا يخلى عنه أما اذا ادعى الاعسار فان كان ذلك في ديون وجبت بسبب المبايعات فينبغي ان لا يصدق لان الظاهر يكذبه لانه يكون واحدا باعتبار بدله وان كان بأسباب مشروعة سوى المبايعات كالمهر وبدل الخلع والكفالة وبدل الصلح

اختلاف مشايخنا رحمهم الله فقال بعضهم يصدق ولا يحبس لانه متمسك بالاصل وهو المدم
فالقول قوله وقال بعضهم لا يصدق لان التزامه المالم اختيارا دليل قدرته ولو كان دينا وجب
حكما باستهلاك مال ونحوه يذبحى ان يصدق ثم قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حبس الرجل
شهرين يسأل عنه وان شاء سأل عنه فى أول ما يحبسه والرأى فيه الى القاضي ان أخبر بعد
أوقات انه معسر خلى سبيله وان قالوا واجد أمر بحبسه حتى يذوق وبال أمره لانه من
الجائز انه أخفى ماله فيشهد الناس على ظاهر حاله فتبطل حقوق الناس واذا أخبروه أنه معسر
أخرجه ولم يحل بين الطالب وبين لزومه عندنا وقال زفر رحمه الله يمنعه من ملازمته لانه منظر
بانظار الله تعالى ولو كان منظرا بانظاره لا يكون له حق الملازمة هكذا كنا نقول بانه منظر
الى زمان الوجود ووجود ما يقدره على اداء الدين موهوم فى كل ساعة فيلازمه اذا وجد
مالا أو اكتسب شيئا فوق حاجته الدراة يؤخذ منه والكفيل بالمالم والذى عليه الاصل سواء
لان خطاب الاداء متوجه على الكفيل كما هو متوجه على الاصيل وذكر عن الكلبي ومحمد
ابن اسحاق أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس بنى قريظة حتى نزلوا فى حكم سمدرضى
الله عنه فى دار بنت الحارث حتى ضرب رقابهم فاذا تبين ان الحبس مشروع واذا حبس الكفيل
بالدين فلا كفيل ان يحبس المكفول عنه حتى يخلصه اذا كان بأمره وكذلك لولا لزمه الطالب
كان له ان يلزم الذى عليه الاصل لانه التزم الاداء من مال المطلوب بأمره فكان الاصيل
ملتزما تخلصه فله ان يلازمه وليس للكفيل ان يأخذ المالم حتى يؤديه لانه انما يرجع عليه بحكم
الاقراض وانما يتحقق هذا المعنى عند الاداء واذا حبس رجل بدين فجاء غريم له آخر يطالبه
فان القاضي يخرج من السجن ويجمع بينه وبين هذا المدعى فان أقر له بالدين أو قامت له عليه
بينة كتب اسمه فى حبس له مع الاول لانه لو لم يكتب ربما يشته على القاضي انه محبوس
بدين واحد فيخل سبيله فيكتبه حتى لا يخل سبيله الا بقضائهما وان كان القاضي قد فلس
المحبوس جاز اقراره لاشخاص فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف
رحمه الله وقال تفليس القاضي اياه جائز ولا يجوز اقراره بعد ذلك ولا بيعه ولا شراؤه ولا بشئ
يضيفه فى ماله ما خلا المتق والطلاق والنكاح والاقرار بالسبب فاننا ندع القياس فيه ونجوزه
وهو قول محمد رحمه الله وقول شريح وابراهيم وابن أبى ليلى رحمهما الله ويعنى بالتفليس ان
يحكم بجزءه عن الكسب فيجعله كالريض مريض الموت فيحكم بتعلق حق غرمائه فى مال هذا

وهذا نوع حجر وان كان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى ذلك وهما يجوزان ذلك وليس الحبس بتقليس لانه دلالة القدرة على أداء الدين لادلالة المعجز ولا يضرب المحبوس في الدين ولا يقيد ولا يقام ولا يؤاجر لان هذه عقوبات زائدة ماورد الشرع بها وانما قلنا بالحبس ليكون حاملا له على قضاء الدين وان كان فيه ضرب عقوبة بالنصوص ولا نص في الزيادة عليه فانه روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال ليس في هذه الامة صنف ولا قيد ولا غل ولا تجريد والصنف ما يقيد به الايدي أراد بقوله لا يقام يعني لا يؤمر بالقيام بين يدي صاحب المال اهانة له فان ذلك مع عقوبة ولا يؤاجر من غير اختياره لان ذلك نوع حجر عليه ولا يجوز ذلك في ماله فلان لا يجوز في نفسه بطريق الاولى ويحبس الابوان في نفقة الولد ولا تشبه النفقة بالدين لان الانفاق على الولد انما شرع صيانة للولد عن الهلاك والممتنع كالتقاصد الهلاك ومن قصد اهلاك ولده يحبس بخلاف الدين فانه ليس فيه قصد اهلاك نفسه ولا يخرج المحبوس في الدين بجمعة ولا عيد ولا حج ولا جنازة قريب أو بعيد لان الواجب أن يحبس على وجه لا يخلص بعد زمان حتى يضجر قلبه عند ذلك فيسارع في قضاء الدين فلو خرج احيانا لا يضيق قلبه حينئذ ولهذا قالوا ينبغي أن يحبس في موضع خشن لا يتبسط له في فراش ولا وطاء ولا أحد يدخل عليه ليستأنس ليضجر قلبه بذلك واذا سأل القاضي عن المحبوس بعد شهرين أو أكثر في السر فأخبره ثقة بعدمه خلى سبيله ولم يخل بين غريمه وبين لزومه وان شهد عليه شهود انه موسر أو انه ما لا أجزت شهادتهم ويترك المسئلة في السر لان السؤال للاختبار ومتى ظهرت حاله بالشهادة لاتقع الحاجة الى الاختبار وان أدى دين أحد الغريمين لم يخرج من السجن حتى يؤدي دين الآخر لان الظلم قائم ويحبس الرجل في الدرهم وفي أقل منه لان مانع الدرهم وما دونه ظالم وينبغي أن يكون محبس النساء في الدين على حدة ولا يكون معهن رجل حتى لا يؤدي الى فتنة ولا يمنع المحبوس من دخول اخوانه وأهله عليه لانه يحتاج الى ذلك حتى يشاورهم في توجيه ديونه ولكن لا يمكنون من المسكت عنده حتى يستأنس بهم ولا يحبس المكاتب لمولاه بالمكاتب لانه عبد ولا يليق به الحبس (ألا ترى) أنه لو عجز نفسه عن ذلك يسقط ويحبس بدين غير الكتابة قالوا أراد به في حق غير المولى وقال بعضهم يحبس بدين المولى وهو ملحق بالاجانب في المعاملات مع مولاه والاول أصح وان كان للمكاتب على مولاه طعام ومكاتبته دراهم فان المولى يحبس في دين

المكاتب لان مطالبته متوجهة على مولاه وهو ملحق بالاجانب في حق اكسابه وكذلك العبد التاجر الذي عليه الدين يكون له على مولاه دين ولا يحبس لحقه ولكن لحق الغرماء والصبي التاجر في السجن مثل الرجل يئى يحبس لانه يواخذ بحقوق العباد فيتحقق ظلمه والغلام الذي يستهلك المتاع فيضمن قيمته وله أب أو وصى وليس بناجز مثل ذلك يريد به في حق الحبس ولم يذكر انه يحبس الصبي أو أبوه أو وصيه والصحيح أنه يحبس وليه وفي الكتاب ما يدل عليه حيث قيده بهذا اللفظ وهذا لان الظلم انما يتحقق ممن يخاطب بأداء المال ووليّه هو الذي يخاطب بذلك لا هو وبعضهم قال الحبس للصبي بطريق التأديب حتى لا يتجاسر على مثله ولكن هذا انما يكون فيما يباشر من أسباب التعدي قصدا أما ما وقع خطأ منه فلا ولا يحبس العاقلة في الدية ولا في شيء منها من الارش بقضائه عليهم ولكنه يؤخذ من الاعطية وان كرهوا ذلك لان الدية انما تعطى من عطائهم لا بما في أيديهم من الاموال حتى يتحقق المنع من قبلهم حتى لو كانوا من أهل التأديب وليس لهم عطاء يفرض ذلك عليهم في أموالهم فاذا امتنعوا من أدائه حبسوا وكذلك الذعار يحبسون أبدا حتى يتوبوا والذاعر الذي يخوف الناس ويقصد أخذ أموالهم فكان في معنى قطاع الطريق قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية ولو أن غلاما استهلك لرجل مالا وله دار ووريق وعروض وليس له أب ولا وصى لم يحبس ولكن القاضي يرى رأيه فيه ان شاء جمل وكلا بيع بعض ماله فيوفي الطالب حقه وان كان له أب أو وصى يجوز بيعه فانه لا يحبس والصحيح انه يحبس من يخاطب بقضاء دينه لما مر ولا يحبس الصبي الا بطريق التأديب ويحبس المسلم للذمي بدينه والذمي للمسلم ويحبس الحربي المستأمن ويحبس له لان معنى الظلم يتحقق في حق الكل والله أعلم بالصواب

باب البراء والهبة للكفيل

(قال رحمه الله) واذا قال الطالب للكفيل قد برئت الي من المال الذي كفلت به من فلان فهذا اقرار بالقبض والكفيل ان يرجع به على المكفول عنه لانه أخبر عن البراءة بفعل متعد من المطلوب والكفيل الي الطالب وذلك بفعل الاداء لان البراء متعد من المطلوب الى الطالب وكذلك قوله قد دفعت الى المال أو نقدتني أو قبضته منك وكذلك الحوالة واذا

قال أبرأئك لم يكن هذا اقرارا بالقبض وللطالب ان يأخذ الذي عليه الاصل لانه أضاف
الفعل الى نفسه متمديا الى المطلوب وذلك انما يكون باسقاط الدين عنه . ولو قال برئت من
المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض في قول أبي يوسف رحمه الله لانه وصفه بالبراءة فينصرف
الى ذلك السبب المعهود والسبب المعهود الايفاء وعند محمد رحمه الله هو بمنزلة قوله أبرأئك
لانه يحتمل الوجهين فكان الحمل على الادنى أولى (ألا ترى) ان الحاجة الى الرجوع على
الاصل لا تثبت بالشك وقد مر هذا في الجامع والتحليل بمنزلة الابراء لان الدين لا يوصف
بالتحليل أما المال الذي يراد به الدين فيوصف بهذا وذلك بمنزلة الموضوع الديون فتى حله
أسقط حقه عن ذلك أصلا فكأنه قال لاحق لي في مالك ولو قال له هكذا كان ابراء مطلقا
فهذا كذلك والمحتال عليه في جميع هذا بمنزلة الكفيل ولو وكل الطالب وكيلًا بقبض ماله فقال
الوكيل للكفيل برئت الى كان هذا اقرارا بالقبض فيصح ولو قال الوصى للكفيل قد أبرأئك
أو انت في حل منه لم يجز لان ذلك معروف منه وليس له ذلك وكذلك الصبي التاجر والعبد
التاجر والمكاتب اذا قالوا ذلك للكفيل لا يصح لما مر واذا أبرأ الطالب الكفيل من المال فأبى
أن يقبل ذلك فهو برئ ولا يشبه هذا الهبة لان الابراء اسقاط محض في حقه لانه ليس في
حقه إلا مجرد المطالبة فصار كسائر الاسقاطات فلا يرتد بالرد بخلاف الذي عليه الاصل لان
أصل الدين عليه فيكون ذلك تمليكا منه لان الحق الذي هو واجب له في ماله غير عين
فصار هذا تصرفا باسقاط الفعل عنه ويجعل الواجب له اسقاطا من وجه وتمليكا من وجه
فوفرنا على السهمين حظهما فعلى هذا يصح من غير قبول لشبهه بالاسقاط ويرتد بالرد لشبهه
بالتملك ومثله لو وهب من الكفيل فانه يرتد بالرد كما لو وهب من الاصيل لان الهبة لفظ
وضع للتمليك ويمكن تحقيق الهبة في حق الكفيل كما في حق الاصيل لان هبة الدين من
غير من عليه الدين جائزة فاذا ساطه عليه فهو مسلط عليه في الجملة أو يجمل ذلك نقلا للدين منه
بمقتضى الهبة منه فيصير هبة الدين ممن عليه الدين لو أمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه
قصدا باحالة الدين عليه فيثبت ذلك بمقتضى تصرفهما تصحيحا له واذا استقام تحقيق الهبة كما
في حقه وجب الجري على مقتضى الهبة كما في حق الاصيل وقدمر أنه لو أبرأ الذي عليه الاصل
من الدين يصح من غير قبول ولكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك فكذلك لو وهب
منه فلو مات قبل ان يعلم فهو برئ منه في الهبة والابراء جميعا لانه تام في نفسه ولكنه يرتد بالرد

فتمات وقع اليأس عن الرد فانبرم بمنزلة لو تصرف له فيه جاز وكذلك لو كان ميتا فابراه منه
وجعله في حل منه فهو جائز لان الدين قائم عليه حكما فاحتمل الاسقاط فان قالت الورثة لا تقبل
لهم ذلك ويقضون المال والكفيل منه برىء في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله
ليس للورثة في ذلك قول فمحمد رحمه الله يقول بان هذا في حق الورثة اسقاط محض لانه
لا دين عليهم حقيقة انما عليهم مجرد المطالبة فاشبه الكفيل ثم في حق الكفيل لا يرتد بالرد فكذا
في حقهم وأبو يوسف رحمه الله يقول ان الدين قائم وقد أخذ شها بالاعيان بعد الموت لعلقه
بالتركة فكان أقبل للتمليك في هذه الحال والمالك بهذا التملك واقع لهم فيرتد بردهم كما لو
أضاف البراء اليهم تنصيها واذا وهب الطالب المال الذي عليه الاصيل فأبى أن يقبل كان
المال عليه وعليه فضله لان الهبة منه كالهبة من كفيله ولو وهبه من كفيله فأبى أن يقبل كان
المال عليه بخلاف ما اذا أبرأه فأبى أن يقبل لانه لا يعود الدين على الكفيل لانا نجعل ابراءه
كبراء الكفيل لا يرتد بالرد فكذلك هنا واذا وهب للكفيل وقبله رجع به على الذي عليه الاصل
لانه ملكه بالهبة فصار كما لو ملكه بالاداء والتمليك منه صحيح لانه قابل للملك في حق ما في ذمة
الاصل وهذا يملكه بالاداء واذا ملكه رجع عليه وكذلك المحتال عليه واذا كانت الكفالة على
ان المكفول عنه برىء أو كانت حوالة فهو هب الطالب الذي كان عليه الاصل فالهبة باطلة لانه
ليس في ذمته شيء لا تنقل الدين الى ذمة غيره وعلى رواية الجامع ينبغي أن يصلح ولو وهب
الكفيل الذي عليه الاصيل فهو جائز لان عقد سبب وجوب الدين له في الحال فان أدى الكفيل
لم يرجع به عليه لانه يقرر ملكه ما في ذمته فصحت الهبة فصار كما لو وهبه بعد الاداء فان
أدى الذي عليه الاصل لم يرجع به على الكفيل لانه تبين أن هبته باطلة لان تقاض سبب
وجوب الدين بينهما والله سبحانه وتعالى أعلم

باب اقرار أحد الكفيلين بأن المال عليه

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل علي رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن
صاحبه بالمال فأقر أحد الكفيلين بأن المال كله عليه وأداه وأراد أن يرجع بنصفه على صاحبه
وقال اما عنيت باقراري أنه على لاني كفتل عنك كل حصتك فله أن يرجع عليه بنصفه
لانه صادق في قوله انه كله عليه لكن بعضه بحكم الكفالة وبعضه بحكم الاصل ولو أقر ان

كله عليه وان صاحبه كفيل عنه بأمره لم يكن له أن يرجع على صاحبه بشئ لانه قد صرح انه أصيل في كله وصاحبه كفيل عنه فيجري على قضية قوله ولو أن رجلين كان عليهما خمسون دينار الرجل قرصاً وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ضامن له فأشهد أحدهما على صاحبه أني معك دخیل في هذا المال ولوأقر الآخر بذلك ثم ادعی أن المال كله على صاحبه فانه يرجع على صاحبه بنصفه لان قوله أنت دخیل معی ليس باقرار بشئ لم يكن عليه خاصة دون الآخر يريد به انه أخبر بكونهما دخيلين في هذا المال وهذا يقتضي أن يكونا أصليين في بعضه فن ادعی أن كله على صاحبه فقد ناقض فيما أخبر فلا يلتفت الى ذلك وان أقر أحدهما أن هذا المال عليه خاصة دون الآخر ثم أدى المال لم يرجع على صاحبه بشئ لانه نص أنه كفيل أصيل في الكل ولو أداه صاحبه كان له أن يرجع كله عليه ولو كان لرجل على ثلاثة نفر ألف درهم في صك باسمه وبمضهم كفلاء عن بعض ضامنون للمال كله فأقر الطالب ان أصل المال على أحدهم وان الآخرين كفيلان عنه ولم يقر بهذه الكفالة التي نسبت اليه في الصك ثم أدى المال أحدهم فله أن يرجع على صاحبه بالثلثين لانه أقر على غيره فلم يعتبر ولو لم يقر الطالب بذلك ولكن أحد الكفلاء قال أصل المال على وصاحباي منه بريتان ثم أدى المال لم يرجع على صاحبيه بشئ لان زعمه معتبر في حقه وان أداه صاحباه رجما بالكل عليه لاقراره انه أصيل في جميع المال وقراره ملزم اياه ولو كان لرجل على رجل ألف درهم في صك باسمه وفلان بها كفيل فأقر الكفيل ان أصل المال عليه وان فلانا كفيل عنه وانه انما قدمه في الصك لشيء خافه فأدى المقدم في الصك المال كله فله أن يرجع بذلك على الكفيل مؤاخذا بما أقر به على نفسه ويجعل ذلك في حقه كالثابت بالبينة ولو كان أصل المال قرصاً في الصك أو من ثمن بيع ونسبه الى الذي في صدر الصك ثم أقر الكفيل بهذه المقالة كان اقراره على نفسه أصدق مما في الصك لان اقراره على نفسه حجة ملزمة والصك ليس بحجة ملزمة مالم يشهد الشهود بما فيه وشهادة الشهود بما فيه لا تكون مقبولة مع تكذيبه اياهم باقراره فلهذا كان المقبول ما أقر به على نفسه ولو لم يقر الكفيل بهذه المقالة ولكنه أقر انه هو القابض للمال من صاحب الصك أو انه قد اشترى المبيع من صاحب الصك وقبضه وقال الذي عليه الصك وهو الذي اسمه في أوله أجل أو صدق ثم ادعی المقر له المال فله أن يرجع على صاحبه المقر لان اقراره بمباشرة سبب التزام المال

يكون اقراراً منه بأنه أصيل في جميع المال وان صاحبه كفيلاً به واقراراً حجة عليه ولو لم يقر الكفيل بذلك ولكنه أقر أنه قبض المال من المكفول عنه فهو جائز لانه بالكفالة قد استوجب المال على المكفول عنه وان كان مؤجلاً واقراراً بقبض الدين المؤجل صحيح فان أداه المكفول عنه الى الطالب رجع على الكفيل بسبب اقراره لان ثبوت قبضه منه باقراره كشوته بالبينة أو بالمعاينة في حقه واذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه بجميع المال فادعى كل واحد منهما على صاحبه انه كفيلاً عنه لم يصدق واحد منهما على ذلك الا بحجة لانه يدعي خلاف المعلوم بطريق الظاهر فعلى كل واحد منهما البينة على ما ادعى فان لم يكن له بينة يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانه يدعي على صاحبه مالاً أقر به لزمه وأيهما نكل عن اليمين فنكوله بمنزلة اقراره فيثبت بنكوله ان أصل المال عليه وان حلفا جميعاً ثم أدى أحدهما المال رجع على صاحبه بنصفه لان دعوى كل واحد منهما تنفي عن صاحبه نصيبه وقيل هذه الدعوى اذا كان أدى أحدهما المال رجع على صاحبه بالنصف لاستوائهما في الضمان ان قامت البينة من الاصيل أن المال على أحدهما والآخر كفيلاً ولم يعرفوا ذلك فهذا بمنزلة من لم تقم عليه بينة لان المشهود عليه بالاصالة منهما مجهول والشهادة على المجهول لا تكون مقبولة ولا تبطل هذه الشهادة حق الطالب ولا توهنه لانها لا تمس حقه وان أقر الطالب أن الاصل على أحدهما والآخر كفيلاً لم يصدق على ذلك لان اقراره ليس بحجة لاحدهما على صاحبه وشهادته في ذلك لا تكون مقبولة لان المال له فانما يشهد لنفسه على أحدهما بأن جميع المال عليه وكذلك لو كان للطالب ابنان فشهدا بذلك لانهما يشهدان لآبائهما وهذا اذا لم يكن على أصل المال بينة أنه عليهما وكل واحد منهما ضامن فان كان على أصل المال بينة بذلك فشهادة ابني الطالب جائزة لانهما لا يثبتان بشهادتهما حق أيهما وانما يشهدان لأحد الغريمين على الآخر انه هو الاصيل وان صاحبه كفيلاً فلا تتمكن التهمة في هذه وكذلك ان كان الغريمان مقربين بالمال لان حق الطالب عليهما ثابت باقرارهما فشهادة ابني الطالب على هذا لا تكون لآبائهما وانما تكون لاحدهما على الآخر ولو شهد ابن أحدهما أن الاصل على أبيه والآخر كفيلاً عن أبيه جاز لانهما يشهدان على أبيهما ولو شهدا أن الاصل على الآخر وان أباهما كفيلاً به عنه لم تجز شهادتهما لانهما يدفمان بهذه الشهادة عن أبيهما مغرماً ويجران اليه المنفعة فكانا متهمين فيه والله تعالى أعلم بالصواب

باب بطلان المال عن الكفيل من غير أداء ولا إبراء

(قال رحمه الله) وإذا كفّل الرجل بمال عن رجل من ثمن مبيع اشتراه فاستحق المبيع من يده برئ الكفيل من المال لأن باستحقاق المبيع انفسخ البيع وبرئ الاصيل من الثمن وبراءة الاصيل منه توجب براءة الكفيل لأن الكفيل يلتزم المطالبة التي هي على الاصيل ولا تبقى المطالبة على الاصيل بعد استحقاق المبيع فكذلك على الكفيل وكذلك لو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بأقالة أو بخيار شرط أو رؤية أو بفساد البيع لأن الاصيل يبرأ عن الثمن بهذه الاسباب وكذلك المهر يبطل عن الزوج كله بفرقة من جهتها قبل الدخول أو بمضيه بالطلاق براءة الكفيل به مما بطل عن الزوج لبراءة الاصيل وكذلك الكفيل بطعام السلم اذا صالح الاصيل الطالب على رأس المال فهو برئ عما كفّل به لبراءة الاصيل وليس عليه شيء من رأس المال لأنه دين آخر سوى ما كفّل به وهو ليس ببديل عن المكفول به وكيف يكون بدلا ووجوب السلم فيه بعقد السلم ووجوب رأس المال بانفساخ عقد السلم والبديل ما يجب بالسبب الذي وجب به الاصل فلو ضمن المشتري ثمن المشتري لغريم البائع يعني أحال البائع غريمه على المشتري حوالة مقيدة بالثمن أو كفّل المشتري لغريم الكفالة البائع كبنالة مقيدة بالثمن ثم استحق العبد بطلت الحوالة والكفالة لأن بانفساخ العقد من الاصل ينتفي الثمن عن المشتري من الاصل وقد كان التزاما مقيدا به وكذلك لو وجد العبد حرا أو رده المشتري بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو هلك العبد قبل القبض لم تبطل الحوالة عندنا ولا الكفالة لأن بما اعترض من الاسباب لا يتبين أن الثمن لم يكن واجبا على الاصيل وعلى قول زفر رحمه الله تبطل الكفالة والحوالة لأن البيع ينفسخ من الاصيل بهذه الاسباب ويسقط الثمن عن المشتري وقد كان التزامه مقيدا به (واستشهد في الكتاب بالصرف) نقال لو باعه بالدرهم مائة دينار وقبضها ثم انفسخ البيع بهذه الاسباب رجع على البائع بألف درهم لأن صرفها وأصلها صحيح بخلاف ما إذا استحق العبد أو وجد حرا فإنه يرجع بالدنانير لأنه تبين أن الدرهم لم تكن واجبة من الاصيل وعلى هذا لو ضمن الزوج مهر المرأة لغريمها ثم وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول من قبلها لم يبرأ الزوج عن الكفالة إلا على قول زفر رحمه الله ثم إذا أداها رجع بها على المرأة لأنه كفّل عنها بأمرها فيستوجب الرجوع عليها عند الاداء إلا أنه كانت تقع المقاصة قبل الفرقة بمهرها وقد انعدم ذلك بسقوط

المهر عنه فيرجع عليها بالمؤدى وكذلك لو طلقها قبل أن يدخل بها غير أنه يرجع عليها بنصف المؤدى لأن المقاصة وقعت بالنصف الثانى من مهرها ولو كاتب رجل عبده على ألف درهم ثم أمره فضمنها لغريم له على المولى ألف درهم وقبل الحوالة بها فذلك صحيح لأن هذا ليس بكفالة ولا حوالة في الحقيقة ولكنه بمنزلة توكيل المولى غريمه باستيفاء بدل الكتابة من المكاتب ولا فرق في حق المكاتب بين أن يكون يطالبه المولى بالبذل وبين أن يطالبه غريم المولى فإن أعتق المولى المكاتب عتق ولم يبرأ من الضمان وفي بعض نسخ الأصل قال وبرى من الكفالة لأنه كان بمنزلة التوكيل وباعتق المكاتب يسقط عنه بدل الكتابة حتى لا يطالبه المولى بشيء منه فكذلك وكيله * ووجه الرواية الأخرى أن الغريم كان يطالبه بدينه قبل العتق ولم يتغير حكم دينه باعتاق المكاتب وإنما كان هذا بمنزلة التوكيل وحكم توجه المطالبة للغريم على المكاتب بالتزامه فأما المطلوب في حق الغريم دينه وما اعترض من العتق لا يبق التزام المطالبة ابتداء فلأن لا ينق بقاءه بطريق الأولى ثم إذا أدى رجع على المولى لأنه قبل العتق كانت تقع المقاصة بدين الكتابة وقد انعدم ذلك حين سقط عنه دين الكتابة بالعتق وكذلك لومات المولى والمكاتب مدبر يعتق وعتق من ثلثه أم ولد فعتقت لأن البراءة عن بدل الكتابة يحصل بهذا السبب كما يحصل باعتاق المولى إياه ولو كفل عبداً عن مولاه بألف درهم بأمره ثم أعتقه المولى فأداه لم يرجع على المولى فأما بعد العتق فإنه يطالبه بذلك المال لأنه كان مطالباً في حال رقه بالعتق وهو لا يزيد إلا وكادة ولأن المولى شغله به حين أمره بالكفالة عنه فهو بمنزلة مالو أقر بالدين عليه ثم أعتقه فلا يرجع العبد بها على المولى وإن أدى من كسب هو خالص حقه لأن الكفالة حين وقعت لم تكن موجبة لرجوع الكفيل على الأصل فلا يصير موجباً للرجوع بعد ذلك بخلاف المكاتب فإن هناك أصل الكفالة كانت موجبة لرجوع المكاتب على المولى عند الأداء لأن المكاتب يستوجب على مولاه ديناً إلا أنه كانت تقع المقاصة ببذل الكتابة وهنا أصل الكفالة لم يكن موجباً لرجوع العبد على المولى فإن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً ولو أن رجلاً له على رجل ألف درهم فأمره أن يضمها الغريم له ثم أن الأمر وهبها للكفيل أو أبرأه منها لم يجز ذلك وكان للمكفول له أن يأخذه بالمال لأن الكفالة أو الحوالة المقيدة قد اشتغلت بما للآمر في ذمة الكفيل لحق الطالب وذلك يمنع الأمر من التصرف فيه بمنزلة الرهن إذا تصرف في المرهون بالهبة أو البيع من النسيان فإنه لا ينفذ لحق

المرتبه ولو مات الأمر وعليه دين ولم يقتض المكفول له الدراهم كانت الدراهم بين سائر
 غرماء الميت ولم يكن المكفول له أحق بها منهم استحسانا وكان ذلك القياس أن يكون
 للمكفول له خاصة وهو قول زفر رحمه الله لأنه صار كالمرهون به ولأن سائر الغرماء يثبت
 حقهم من جهة الأصل وقد كان مقدما على الأصل في هذا المال في حياته * ووجه الاستحسان
 أن المكفول له لم يصير أحق بنرم هذا المال حتى لو برى مما في ذمة الكفيل لم يبطل حق
 المكفول له ولا يكون أحق بالنعم وبه فارق الرهن فقد صار المرتبه أحق بنرم الرهن هناك *
 يوضحه أن يد الاستيفاء ثبتت للمرتبه بقبض الرهن وعلى ذلك ينبغي اختصاصه به دون سائر
 الغرماء وهنا يد الاستيفاء لم تثبت للمكفول له فيما في ذمة الكفيل بل هو مال الاصيل فيقسم
 بعد موته بين غرمائه بالحصص ولو كان المكفول عنه حيا فأقام رجل البيعة أن هذا المال له
 وأنه أمر فلانا ببيع المبيع الذي هذا المال ثمنه لم يكن له أن يبطل الكفالة في قول أبي حنيفة ومحمد
 رحمهما الله ولكنه يضمنه للبائع وفي قول أبي يوسف رحمه الله تبطل الكفالة وهو بناء على
 مسألة كتاب البيوع أن الوكيل بالبيع عندهما في نفوذ تصرفه في الثمن بمنزلة العاقد لنفسه
 ويضمن للموكل وعند أبي يوسف رحمه الله بمنزلة الثابت لا ينفذ من تصرفه إلا ما يرجع إلى
 القبض ولو كان المال إلى أجل وبه كفيل فإن مات الاصيل فقد حل المال عليه ولا يحل على
 الكفيل حتى يمضي الأجل لأن الاصيل استغنى بموته عن الأجل والكفيل محتاج إليه وحلوله
 على الاصيل لا يمنع كونه مؤجلا على الكفيل كما لو كف الكفيل بمال هو حال على الاصيل
 مؤجلا إلى سنة ولو كان الميت هو الكفيل فقد حل المال عليه لوقوع الاستثناء عن الأجل
 ويؤخذ من تركته في الحال ثم لا يرجع ورثته على الاصيل قبل أن يحل الأجل عندنا وقال
 زفر رحمه الله يرجعون على الاصيل في الحال لأنهم أدوا ديننا عليه بعد توجه المطالبة فيه شرعا بحكم
 الكفالة عنه بأمره فيرجعون إليه وهذا لأن الكفيل يصير بمنزلة المقرض لما أدى عن الاصيل
 فيستوجب الرجوع به عليه في الحال إلا إذا قصد اثبات حق الرجوع لنفسه بتعجيله قبل حل
 الأجل ولم يوجد إذا كان سقوط الأجل حكما لموته ولكننا نقول بالكفالة كما وجب المال
 للطالب على الكفيل مؤجلا والاصيل باق منتفع بالأجل فكما بقي المال مؤجلا في حق الطالب
 بعد موت الكفيل فكذلك في حق الكفيل للطالب قبل حل الأجل فإنه لا يرجع على الاصيل
 حتى يحل الأجل فهذا مثله ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه ثلاثة رهط

بعضهم كفلاء عن بعض بالمال وهو حال من نمن مبيع فأخر الطالب أحد الكفلاء الى سنة فهو جائز وله أن يأخذ أيهم شاء سواء بجميع المال بمنزلة ما لو كان أحدهم كفلا به مؤجلا في الابتداء فان المال يكون حالا على الباقيين وهذا لان كل واحد منهم كفيل بجميع المال وبراء أحد الكفلاء لا يوجب البراءة للباقيين كما لا يوجب براءة الاصيل فكذلك للتأخير عن أحد الكفلاء الى سنة فان أدى المال أحد الكفيلين الآخرين كان له أن يأخذ صاحبه بالنصف ليستوى به في غرم الكفالة كما هو مساو له في الالتزام بأصل الكفالة ولا يأخذ الذي أخره حتى يحل الاجل لان الاجل ثابت في حقه فكما لا توجه مطالبة الطالب عليه بشئ لمكان الاجل فكذلك مطالبة الكفيل الآخر فاذا حل الاجل وقد كان أخذ من صاحبه النصف يما جعيا ذلك الكفيل بالثلث لانه كان مساويا لهما في الكفالة وقد كان المانع لهما من الرجوع عليه الاجل وقد انعدم فيرجعان عليه بقسطه وهو الثلث ليستويا في غرم الكفالة ثم يرجعون على الاصيل بجميع المال فلو كان الطالب أخر المال على الاصيل سنة كان ذلك تأخيرا عن جميع الكفلاء بمنزلة ما لو أبرأ الاصيل وكان ذلك موجبا براءة الكفيل اولو كان أخر كفلا منهم شهرا وآخر شهرين وآخر ثلاثة أشهر كان جائزا على ماسمي فان حل على صاحب الشهر أخذه من سهمه ولا يرجع هو على الآخرين لقيام المانع وهو الاجل وان أخر الذي عليه الاصل بعد هذا سنة كان المال عليهم الى سنة ودخلت الشهور تحت السنة لان التأجيل في حق الاصيل فهو في حق الكفيل ولو كان أخر الكفيل شهرا ثم أخره سنة دخل الشهر في السنة فهذا مثله وان كان المال من نمن مبيع أو غصب وبه كفيل فأخر الطالب الاصيل الى سنة فأبى أن يقبل ذلك فالمال عليه وعلى الكفيل حال كما كان لان تأخير المطالبة بالتأجيل في حق الاصيل بمنزلة اسقاطه بالبراء وبراء الاصيل يرتد بالرد فكذلك التأخير عنه يرتد برده فيبقى المال عليه حالا وكذلك على الكفيل لان التأجيل في حق الاصيل يجعل في حق الكفيل بمنزلة ما لو أجل الكفيل ولو أجل الكفيل فأبى أن يقبل المال أن يثبت حالا فكذلك اذا أجل الاصيل وهما لان التأجيل لا يوجب انفساخ الكفالة سواء أجل الكفيل أو الاصيل واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها ثلاثة نفر وبعضهم كفلاء عن بعض ثم ان الطالب وهب المال لواحد منهم فأبى أن يقبل فالمال عليهم كما كان لان الهبة من الكفيل تملك فيرتد برد الكفيل كما

يرتد برد الاصيل اذا وهب منه وان قبل فقد تملك المال بقبول الهبة فهو بمنزلة مالو وهبه
 تملكه بالاداء فان شاء رجع على الاصيل بجميع المال وان شاء رجع على صاحبيه بالثلثين ان
 وجدهما أو على أحدهما بالنصف ان وجده دون الآخر بمنزلة مالو أدى المال فان كان الموهوب
 له غائباً فلم يقبل ولم يرد ولم يعلم به حتى مات فالهبة جائزة ويرجع ورثته على أيهم شاء ولما
 بينا أن هبة الدين اسقاط يتضمن التملك فان ضمنه معنى التملك يرتد برده مادام حياً ولو كونه
 اسقاطاً يتهم بموته قبل الرد ويجعل تمامه كتمامه بقبوله وورثته قائمون مقامه فيرجعون على
 أيهم شاء كما بينا ولو وهبه لرجلين من الكفلاء فقبلاً جاز ورجعاً به على الاصيل وان شأ
 رجعا على الكفيل الثالث بالثلث بمنزلة مالو أديا وليس لواحد منهما أن يرجع على صاحبه بشئ
 من أجل أن كل واحد منهما صار ممتلكاً خمساً وهما يستويان في ذلك وان أخذنا الكفيل
 الثالث فأدى اليهما الثلث ثم أراد هذا الكفيل الغارم أن يرجع على أحدهما بنصف ما أدى
 الى الآخر لم يكن له ذلك لان كل واحد منهما ممتلك للثلث فيكون بمنزلة مالو أدوا جميعاً المال
 الى الطالب وانما يتبعون الاصل بالألف كلها فاذا أخذوها كان لكل واحد منهم ثلث
 المقبوض ولو أن الطالب حين وهب المال لهذين الكفيلين قبل أحدهما الهبة وأبى الآخر
 أن يقبل فللذي قبل أن يأخذ ثلث هذا النصف من الكفيلين الآخرين لان تملكه نصف المال
 بقبول الهبة كتملكه بأداء النصف فان شاء رجع على الكفيلين معا بشئ ذلك النصف وان شاء
 على أحدهما بنصف ذلك الثلث ويأخذ الطالب بالنصف الآخر أي الكفلاء شاء وان شاء
 رجع على الاصيل لان الهبة بطلت في هذا النصف رد الموهوب له فعاد الحكم كما كان قبل الهبة
 فان قبض الطالب من الذي عليه الاصل شيئاً فهو له خاصة وللطالب أن يأخذ الموهوب
 له بما بقي من ذلك لان النصف الباقي ما وهبه منه فهو فيه كغيره من الكفلاء ولو وهب الطالب
 نصف المال لاحد الكفلاء كان بهذه المنزلة فان رجع الموهوب له على الكفيلين بشئ ذلك
 النصف فأخذه منهما لم يتبعه واحد منهما بشئ من ذلك لانه لو كان له حق الاتباع بعد الاداء
 كان له أن يمنع ذلك منه في الابتداء ولكن لو أديا الى الطالب خمساً كان للموهوب له أن
 يرجع عليهما بثلث خمساً أخرى فيرجع عليهما بثلث الخمساً حتى يكون الاداء عليهم اثلاثاً
 وكذلك الصدقة والنحلة والعطية فأما البراءة فليست كذلك ولا يرجع المبرأ من الكفلاء على
 على أحد بشئ لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة وليس بتملك شئ منه والله تعالى أعلم

باب الحلف في الكفالة

(قال رحمه الله) وإذا حلف الرجل لا يضمن لفلان شيئا فضمن له بنفس أو مال فهو حاث لأنه قد ضمن له فالمفهوم من هذا اللفظ التزام المطالبة بتسليم شيء مضمون له وقد وجد ذلك وكذلك لو كفّل أو قبل الحوالة له وقال في الحوالة ضمان وزيادة والكفالة والضمان عبارتان عن عقد واحد ولو اشترى شيئا بأمره فهذا ليس بضمان وإنما هذا التزام لعقد الشراء وعقد الشراء لا يسمى كفالة عرفا وفي الإيمان يعتبر العرف ولو ضمن لعبد أو مضاربه أو شريك له مفاوض أو عتق لم يحنث لأن الضمان وقع لغيره فإن المضمون ما تجب به المطالبة قبل الضامن بعقد الضمان وهو غير المحلوف عليه فاما المحلوف عليه ان توجهت له المطالبة فذلك باعتبار سبب آخر دون عقد الضمان (ألا ترى) أن الرد والقبول إنما يعتبران ممن ضمنه له دون المحلوف عليه وعلى هذا لو ضمن الرجل فمات فورته المحلوف عليه لم يحنث وإن صار الضمان له في الانتهاء لأن الأصل كان لغيره وإنما يثبت له باعتبار سبب آخر وهو الخلافه عن المورث ولو حلف لا يضمن لاحد شيئا فضمن انسانا ما أدركه من درك في دارا شتراها أو عبد حنث لأنه قد ضمن للمشتري (ألا ترى) انه يسمى في الناس ضامنا من كان ضامنا للدرك وهو بمنزلة مالو قال ان لم يوفك فلان مالك اذا حل أو ان مات فلان قبل ان يوفيك فهو على أوفانا له ضامن فانه يكون ضامنا له ويكون حاثا في يمينه وان كانت المطالبة متأخرة عنه الى أن يوجد ما صرح به ولا يخرج به من أن يكون ضامنا في الحال فكذلك في الدرك ولو ضمن لرجل غائب لم يخاطب عنه أحد لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويحنث في قول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على ما سبق أن الكفالة للغائب اذا لم يقبل عنه أحد باطل في قولهما فلا يحنث في يمينه وهو صحيح في قول أبي يوسف رحمه الله والضمان لازم للكفيل فيكون حاثا في يمينه ولو خاطبه عنه مخاطب حنث في قولهم جميعا لأن الضمان صحيح في حق الضامن وان كان للمضمون له الخيار اذا بلغه بين أن يرضى به وبين أن يرده فيتم به شرط الحنث في حقه ولو ضمن لصبي لأن أباه أو وصيه لو أجاز ذلك جاز فهو بمنزلة مالو ضمن الغائب فيتم في حقه اذا خاطبه به مخاطب وكذلك العبد المحجور عليه يخاف انه لا يضمن شيئا فضمن فهو حاث لأن يمين المحجور عليه ينمقد لكونه مخاطبا والالتزام بالضمان صحيح في حقه وان كان المال يتأخر عنه الى ما بعد العتق لحق مولاه فهو بمنزلة مالو

ضمن الثائب وعنه مخاطب أو ضمن لانسان بمد ما حلف وهو مفلس ولو حلف لا يكفل
بفلان أو لا يضمن فلانا فكفل عنه بمال لم يحنث لان الكفالة بفلان اذا أطلقت فانما يفهم
منها الكفالة بالنفس ومطلق اللفظ في اليمين محمول على ما يتفاهمه الناس في مخاطباتهم فان عني
المال كان ذلك على ما عني لانه شدد على نفسه بلفظ يحتمله وقد تقدم بيان هذا الجنس في
كتاب والله أعلم

باب الكفالة بما لا يجوز

(قال رحمه الله) ولا يجوز الكفالة بشجة عمد فيها قصاص ولا بدم عمد فيه قصاص
حتى لا يؤخذ الكفيل بشيء من القصاص ولا من الارش لان الكفالة انما تصح بمضمون تجرى
النيابة في ايفائه والقصاص عقوبة لا تجرى النيابة في ايفائها فلا يصح التزامها بالكفالة والارش
لم يكن واجبا على الاصيل بالفعل الذي هو موجب للقصاص والكفيل لم يكفل به أيضا
وكذلك الكفالة بحمد القذف باطلة لانه عقوبة لا تجرى النيابة في ايفائها ولان المقلب فيه
حق الله تعالى فيكون على قياس سائر الحدود وكذلك لا تجوز الكفالة بشيء من الامانات لانها
غير مضمونة على الاصيل ولا هو مطالب بايفائها من عنده وانما يلتزم الكفيل المطالبة بما
هو مضمون الايفاء على الاصيل فاذا استهلكها بمد ذلك من هي في يده أو خالف فيها لم
يلزم الكفيل ضمانها لان أصل الكفالة لم يصح والضمن انما لزم الاصيل بسبب حادث بمد
الكفالة وهو ما أضاف الكفالة الى ذلك السبب وكذلك في القصاص لو صالح الطالب المطلوب
على مال لم يلزم الكفيل من ذلك المال شيء لانه وجب بمقد بعد الكفالة والكفالة ما أضيفت
اليه وكما لا تصح الكفالة بهذه الاشياء فكذلك الرهن لان جواز الرهن يختص بما يمكن
استيفاؤه من الرهن فان موجب ثبوت يد الاستيفاء وكذلك الكفالة بالرهن عن المرتهن
الرهن باطل لان عين الرهن أمانة في يد المرتهن والكفالة بتسليم الأمانة لا تصح كالوديعة
والمارية والمضاربة وكذلك الكفالة للمولى بملوكة وهو في بيت مولاه أو قد أبقى عنه باطلة
لانه غير مضمون للمولى على العبد فان المولى لا يستوجب على عبده حقا مضمونا وهذه
الكفالة دون الكفالة ببذل الكتابة للمولى عن مكاتبه وذلك باطل فهذا أولى ولو دفع ثوبا
الى قصار ليقصره وضمنه رجل فضمانه باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله وكذلك من يشبهه

من الصناعات لان العين عنده أمانة في يد الاجير المشترك ولهذا لو هلك من غير صنعه لم يضمن
وأما في قول من يضمن الاجير المشترك ما هلك عنده بسبب يمين التحرز عنه وهو قول
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالكفيل ضامن لان العين عندهما، ضمانة في يد القابض بنفسها
وهو بمنزلة المنصوب في يد الناصب فتصح الكفالة به ولو كفّل بعبد رجل ان هو أبق من
مولاه فهو باطل لانه ما أضاف الكفالة الى سبب وجوب الضمان فالأباق ليس بسبب يوجب
ضمانا للمولى على عبده وكذلك لو كفّل بدابته ان انفلتت منه أو بشيء من ماله ان تلف لان
الكفيل يلتزم مطالبة هي على الاصيل وذلك ينعدم هنا ولو استودع رجلا ودية على أن
هذا كفيل بها ان أكلها أو جرحها فهو جائز على ما شرط لانه أضاف الكفالة الى سبب
وجوب الضمان والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وكذلك لو قال أنا كفيل بما
صالحته عليه من مال من القصاص الذي تملك عليه في نفس أو من مال لك عليه لانه أضاف
الكفالة بالمال الى سبب توجه المطالبة بها وكذلك لو قال ان قتلت فلان خطأ فانا ضامن
لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن ارشه لانه أضاف الكفالة بالارش الى سبب موجب له
وهو مما تجرى النيابة في ايفائه ولو قال ان أكلت سبع أو ذئب فانا ضامن لديتك فهذا
باطل لانه ما أضاف الضمان الى سبب موجب له ولو قال ان غصبك انسان فانا ضامن له
فغصبه انسان شيئا فلا ضمان عليه لانه عم. مناه أن المكفول عنه مجهول جهالة متفاحشة وذلك
يمنع انقضاء الكفالة. مضافا كان أو مجردا ولو خص انسانا أو قوماً لزمه ذلك لان المكفول
عنه معلوم ولو دفع ثوبا الى قصار يقصره بأجرة وكفّل به رجل ان أفسده أو كان جائزا
لان الأجير المشترك ضامن لما جنت يده فقد أضاف الكفالة الى سبب موجب الضمان
فصح الكفالة لهذا ولو ادعى قبل رجل قصاصا في نفس أو دونها أو حدا في قذف
وسأل القاضي أن يأخذ له كفلا بنفسه وقال ينبغي حاضرة لم يجبه القاضي الى ذلك في قول
أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجيبه الى ذلك لان تسليم النفس
مستحق على الاصيل الطالب في هذا الموضع فتصح الكفالة به كما في دعوى المال وهذا
لان تسليم النفس تجرى فيه النيابة فالكفيل انما يلتزم ما يقدر على ايفائه وأبو حنيفة رحمه الله
يقول تسليم النفس هنا المقصود لا تصح الكفالة به وهو الحد والقصاص فلا يجبر على اعطاء
الكفيل بالنفس فيها بخلاف المال وهذا لان العقوبات تدرك بالشبهات فلا ينبغي للقاضي أن

يسلك فيها طريق الاحتياط بالاجبار على اعطاء الكفيل بالنفس لان ذلك يرجع الى الاستيثاق وهو ضد موضوع العقوبات ولكن السبيل أن يقول له الزمه ما بينك وبين قياى فان أحضر البينة قبل أن يقوم القاضى والا خلى سبيله ولو أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضى فان أقام شاهدين أو واحدا عدلا يعرفه القاضى فان القاضى يحبس في السجن حتى يسأل الشهود لانه صار متهما بارتكاب الحرام الموجب للعقوبة حين تم أحد شطرى الشهادة والحبس مشروع في حق مثله (الأثرى) أن الداعر يحبس ولا يكفل حتى يأتى بشاهد آخر لان الكفيل للاستيثاق بالحدود والقصاص وذلك غير مشروع فأما الحبس للتعزير فهو مشروع في حق من هو متهم بارتكاب الحرام وعلى قولهما لا يحبس قبل تمام الحجة الموجبة للقضاء ولكنه يكفله ثلاثة أيام كما في دعوى المسال ولو ادعى قبل رجل مالا بسرقة منه وقال بينى حاضرة فانه يؤخذ له منه كفيل بنفسه ثلاثة أيام لان المدعى مال والاستيثاق بالكفالة فيه مشروع فان قال قبضت منه السرقة لكنى أريد أن أقبم عليه الحد لا يؤخذ منه كفيل لان الحد يجب لله تعالى وهو ينبى على البرء والاسقاط فلا يستوثق بأخذ الكفيل بالنفس فيه وكذلك حد الزنا فان طلب المشهود عليه من الذى شهد عليه بالزنا حد القذف فقال الشاهد عندي بذلك أربعة شهداء أجل فيه الى قيام القاضى ليظهر عجزه بهذا الامهال عن اقامة أربعة من الشهداء فان لم يحضرهم أقام عليه حد القذف لان السبب الموجب للحد قد تقرر وهو القذف مع العجز عن اقامة أربعة من الشهداء ولم يحل عنه ولا يكفل لان ذلك يرجع الى الاستيثاق ولكن الطالب يلزمه الى قيام القاضى مراعاة لحقه حتى لا يهرب فان قال الشاهدان المشهود عليه عبد فالقول قوله لان ثبوت حريته بطريق الظاهر وبمثله يدفع الاستحقاق ولا يستحق الحد وان طلب المقذوف من القاضى ان يأخذ له منه كفيل حتى يحضر البينة انه حر لم يؤخذ لان هذا استيثاق لا اقامة الحد ولكن القاذف يحبس على وجه له فقد استوجب ذلك باشاعة الفاحشة حرا كان المقذوف أو عبدا ويؤجل المقذوف أياما بمنزلة ما لو أقام رجل دليه البينة بالرق فزعم ان له بينة حاضرة على الحرية وكما يؤجل هناك أياما ليتكمن من اثبات حريته بالبينة فكذلك هنا وان أقام رب السرقة شاهدين على السارق وعلى السرقة وهى بينها في يديه لم يؤخذ منه كفيل ولكنه يحبس وتوضع السرقة على يدى عدل حتى يزكى الشهود لان الاشتغال بأخذ الكفيل بنفسه أو بالعين المسروقة استيثاق لا اقامة الحدود

ذلك غير مشروع ولكنه يحبس على وجه التعزير وتوضع السرقة على يدي عدل لان السارق غير مأمون على العين المسروقة والمدعى عليه المال اذا كان يخاف منه ان يتلف المال فللقاضي ان يضعه على يدي عدل بعد اقامة البينة حتى يزكى الشهود واخراج العين فيه نوع تعزير له واذا ادعى عبد على حر قذفا وأراد أن يعذر له أو ادعى رجل قبل رجل مسألة فيها تعزير وقال بينتي حاضرة أخذله منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام لانه ليس بحمد وانما هو تذر وهو من حقوق العباد حتى يجوز العفو عنه وهو مما لا يندري بالشبهات التي هي في معنى البدل بمنزلة الاموال ولو ادعت امرأة على زوجها انه قذفها والزوج حر أو عبد لم يؤخذ منه كفيلا في قول أبي حنيفة رحمه الله لان اللعان في قذف الزوج زوجته بمنزلة الحد في قذف الأجنبي وقد بينا الخلاف هناك بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فكذلك هنا ولو ادعى الولد قبل الوالد قذفا لم يؤخذ منه كفيلا ولم يترك ان يلزمه لان الابن لا يستوجب على والده شيئا من نوع العقوبة تعزيرا كان أو حدا أو قصاصا وكذلك لا يستوجب عليه الحبس في دينه له واجب عليه وكذلك لا يستوجب الملازمة في دعواه قبله وكذلك لو ادعاه قبل والدته أو جده أو جدته وكذلك لو ادعى عبد ان مولاه قذف أمه وهي حرة مسلمة لان حقوق الملك في اخراج المملوك من أن يكون أهلا لاستيجاب العقوبة على مالكه بمنزلة الولادة ولو ادعى حر قبل عبد قذفا فأراد أن يأخذ منه كفيلا بنفسه أو نفس مولاه وخاف أن لا يقام عليه الحد الا بمحض من مولاه لم يؤخذ له الكفيل من واحد منهما ولكنه يؤمر بتلازمهما الى أن يقوم القاضي في قول أبي حنيفة رحمه الله ولو أقام البينة عليه بذلك بمحض من مولاه فان العبد يحبس له ويؤخذ له من مولاه كفيلا في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يحبس العبد ولكن يؤخذ له كفيلا بنفس العبد خاصة دون نفس المولى وفي قول محمد رحمه الله يؤخذ له الكفيل بنفس العبد ونفس مولاه والذي قال في الكتاب ان قول محمد رحمه الله مثل قول أبي حنيفة رحمه الله انما يريد به أخذ الكفيل من المولى فأما حبس العبد فقوله كقول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على مسئلتين احدهما ما بينا من اخذ الكفيل بنفس المدعى قبله حد القذف والاخرى ما تقدم بيانه في الآتي أن حد القذف بالبينة لا يقام على العبد الا بمحض من مولاه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله يقام عليه وان لم يحضر المولى فقال أبو يوسف رحمه الله لا يأخذ الكفيلين بنفس

المولى لانه لا حاجة الى حضوره في اقامته الحد ويؤخذ الكفيل بنفس العبد ولا يحبس قبل اقامة البينة ولا بعدها قبل ظهور عدالة الشهود لان هذا بمنزلة المسال عنده في حكم الكفالة بالنفس وقال محمد رحمه الله كذلك الا أنه قال يؤخذ الكفيل بنفس المولى لانه لا بد من حضرة المولى لاقامة الحد على العبد عنده وعند أبي حنيفة رحمه الله في دعوى حد القذف لا يجبر على اعطاء الكفيل بالنفس قبل اقامة البينة ولكن يصار فيه الى الملازمة ولا بد من حضرة المولى عنده لا قامه البينة فيكون للمدعي أن يلازمهما وبعد اقامة البينة يحبس العبد تعزيرا كما يحبس الحر اذا قامت البينة عليه بالقذف ويؤخذ من مولاه كفيل لانه لا بد من حضرة المولى لاقامة الحد ولا سبيل الى حبسه لانه ما ارتكب حراما فيؤخذ منه كفيل نظرا للمدعي لانه ليس في أخذ الكفيل من المولى هنا توثق بحمد عليه اذ لا حد على المولى ولو ادعى رجل على رجل حدا في قذف فأقام شاهدين على شهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين لم يكفل ولم يحبس وكذلك هذا في القصاص لانه لا مدخل لهذا النوع من الحجعة في حد أو قصاص ولو كان هذا في سرقة أخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود لان المال يثبت بهذه الحجعة فان زكوا قضى عليه بالمال وكذلك كل جراحة لا قصاص فيها لا في دعوى المال وبمثل هذه الشهادة يثبت المال فاذا ادعى رجل دم عمد على ثلاثة نفر فأقر اثنان منهم بذلك وشهدا على الثالث أنه قتل معهما عمدا فانهما يحبسان فأقرارهما على أنفسهما بمباشرة السبب الموجب للعقوبة ولا يحبس الآخر بشهادتهما ولا يكفل لان شهادتهما ليست بمقبولة على الثالث فانهما فاسقان ولانهما يشهدان بفعل كان مشتركا بينهما وبينهما ولا شهادة لهما في مثله فانما يبقى في حق الثالث مجرد دعوى المدعي وبه لا يثبت الحبس ولا التكفيل ولو كان أولياء الدم ثلاثة فادعى أحدهم على رجل وادعى الآخر على الشريك قتل العمد وكل واحد منهما يدعى بيته حاضرة لم يحبس أحد منهم ولكن يؤخذ من كل واحد منهم كفيل ثلاثة أيام لانه لا قصاص في هذه الدعوى وانما انهاء المال بشيء واحد منهما على من يدينه عليه في دعوى المال يكفل بالنفس ثلاثة أيام ولو ادعى رجل قبل رجل قطع يد عمدا ثم أبرأه وادعاه على آخر لم يكفل الثاني ولا تقبل بيته عليه لوجود التناقض منه في الدعوى فان أقر الثاني بذلك قضى عليه لانه منافض صدق خصمه في ذلك الا انه لا يقضى عليه بالقصاص لان ما تقدم من الدعوى منه على غيره ينم عن استيفاء القصاص منه فيصير ذلك شبهة في حق القصاص

دون المال وهذا مشكل فان تمذر استيفاء القصاص لمعنى من جهة من له الحق وهو تناقضه في الدعوى وفي مثله لا يقضى بالدية كما لو قال قتل وليك عمدا فقال لابل قتلته خطأ لا يقضى بالمال وكل مالا قصاص فيه فهو بمنزلة الخطأ في حكم الكفالة حتى اذا ادعى على رجلين قطع يد عمدا أخذ له منهما الكفيل بالنفس لان هذا غير موجب للقصاص وانما الدعوى فيه دعوى المال ولو أقام شاهدين عدلين على قتل خطأ قضى له بالدية ولا حبس على القاتل في ذلك ولا كفالة لان الخاطي معذور والخطأ موضع رحمة من الشرع علينا فالخاطي لا يستوجب التعزير الا أن يكون داعرا فيحبس للدعارة لان في حبس الداعر تسكين الفتنة ولو أن رجلا قطع يميني رجلين فاجتثما وطلبا كفيلا بنفسه لا يؤخذ لهما منه كفيل بنفسه من قبل ان كل واحد منهما يدعي القصاص (ألا ترى) أن أحدهما اذا أقام البينة قضى له بالقصاص واذا أقاما جميعا البينة قضى لهما بالقصاص حتى اذا بادر أحدهما واستوفى كان مستوفيا لحقه الا انهما اذا استوفيا القصاص يقضى لهما حينئذ بارش اليد وقضى بنصف طرفه حقا مستحقا عليه لكل واحد منهما واذا ثبت أن دعوى كل واحد منهما دعوى القصاص لم يؤخذ الكفيل بنفسه في قول أبي حنيفة رحمه الله ولو ادعى رجل قبل رجل قطع يد عمدا ويد القاطع شلاء فقال المدعي أما أختار الدية فخذ لي منه كفيلا بنفسه أخذ له الكفيل لان باختياره يتعين حقه في المال وفي دعوى المال تجري الكفالة بالنفس واذا ادعى رجل قبل رجل شتمه فاحشة وأقام عليه شاهدين بالشتم لم يحبس المدعي عليه ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود ولما بينا أن دعوى التعزير كدعوى المال وفي دعوى المال لا يحبس ما لم تظهر عدالة الشهود ثم الحبس نهاية العقوبة في هذه الدعوى (ألا ترى) أن بعد عدالة الشهود لو رأى القاضي أن يجبسه أياما عقوبة ولا يعزر بالسوط كان له ذلك فلما كان الحبس له نهاية العقوبة هنا لا يمكن اقامتها قبل ظهور العدالة بخلاف القصاص والحدود وأشار في الحدود والقصاص الى أن على قولهما بعد اقامة البينة قبل ظهور عدالة الشهود يحبس ولا يؤخذ الكفيل ولكن يبرأ الكفيل ان كان أخذه منه (تأويله) بعد ظهور العدالة فأما قبل ذلك فلا يشتغل بجبسه عندهما على ما فسر في دعوى الحد على العبد وان كان المدعي عليه الشتم رجلا له مروءة وخطر استحسن أن لا أحبسه ولا أعزره اذا كان ذلك أول مرة لان احضاره مجلس القاضي فيه نوع تعزير في حقه فيكتفى به في أول مرة ويؤخذ بما رواه

الحسن رحمه الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تجافوا عن ذوي المروءة الا في الحد
واذا ادعى رجل قبل رجل شيئا يجب عليه فيه عقوبة فأخذ منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام فهرب
المكفول به وقدم الطالب الكفيل الى القاضى فانه يجبسه حتى يجيى به لانه التزم تسليم نفسه
فيجبس لا يفاء ما التزمه ولو ادعى قبل رجل انه ضربه وخنقه وشتمه وأن له بنتا حاضرة
أخذت له منه كفيلا ثلاثة أيام فان أقام على ذلك شاهدين أو شاهدا وامرأتين أو شاهدين
على شهادة شاهدين عزرب به لان التعزير بمنزلة المال يثبت مع الشبهات وقد بينا في كتاب
الحدود أنه لا يبلغ بالتعزير أربعين سوطا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف
رحمه الله يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا اذا كان في أمر متفاحش وتعزير العبد في مثل
ذلك تسعة وثلاثون سوطا عنده ذكر هذه الزيادة هنا لان الاربعين حد في حق العبد وقد
قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ولو ادعت امرأة قبل زوجها
أنه ضربها ضربا فاحشا وادعت بنتا حاضرة أو ادعى رجل ذلك قبل ولده الكبير أو قبل أخيه
يؤخذ منه كفيل ثلاثة أيام وكذلك الذمى يدعى الشتمة قبل المسلم أو الذمى أو العبد يدعيها
قبل الحر لان الدعوى في هذا كله دعوى التعزير والكفالة فيه مشروعة واذا مات الرجل
وعليه دين ولم يترك شيئا فكفل ابنه أجنبي للغريم بما له على الميت لم تجز الكفالة في قول
أبي حنيفة رحمه الله وهي جائزة في قول أبي يوسف ومحمد والشافعى رحمهما الله واذا كان
الميت ترك وفاء جازت الكفالة عندهم جميعا وان ترك شيئا ليس فيه وفاء فانه يلزم الكفيل
بقدر ما ترك الميت في قوله وفي قولهما يلزمه جميع ما كفل به ووجههم في ذلك ما روى أن النبي
صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة رجل من الانصار ليصلى عليه فقال صلى الله عليه وسلم هل على
صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فقال صلوات الله عليه وسلامه صلوا على صاحبكم
فقال أبو قتادة إهما على يارسول الله وفي رواية قال ذلك على كرم الله وجهه فصلى عليه رسول
الله صلى الله عليه وسلم فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه رسول الله صلى الله عليه
وسلم بمد الكفالة وعن عبد الحميد بن أبي أمية عن رجل من الانصار انه قال لاصحابه من
استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل فاني شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقد أتى بجنازة رجل من الانصار فقال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم دين فقالوا نعم
فقال صلوات الله عليه وسلامه وما ينفعكم صلاتي عليه وهو في قبره مرتين بدينه ثم قال صلى

الله عليه وسلم فمن ضمنه قمت فصليت عليه فهذا تنصيب على تصحيح الضمان عن الميت المفلس والمعنى فيه أنه كفل بدين واجب فيصح كما في حال حياة المدين وهذا لان الدين كان واجبا عليه في حال حياته فلا يسقط الا بإفشاء أو ابراء أو انفساخ سبب الوجوب وبالموت لا يتحقق شيء من ذلك (ألا ترى) أنه مؤاخذه في الآخرة مطلوب به ولو تبرع انسان بقضائه جاز التبرع الا أنه تمذرت مطالبته به في الدنيا بموته وبهذا لا يخرج الحق من أن يكون مطلوبا في نفسه كما لو أفلس في حال الحياة وكالمبد إذا أقر على نفسه بدين ثم كفل عنه كفيل به صح وان كان هو لا يطالبه في حال رقه لان الحق مطلوب في نفسه وهذا لان ذمته باقية بعد الموت حكما لانها كرامة اختصاص بها الآدمي وبموته لا يخرج من أن يكون محترما مستحقا لكرامات بني آدم (ألا ترى) أنه لو مات مليا بقي الدين بقاء ذمته حكما لا للانتقال الى المال وليس بمحل لوجوب الدين فيه وانما هو محل القضاء الواجب منه ولو كان بالدين رهن بقي الرهن على حاله وان كان مات عن افلاس بأن كان الرهن مستمارا من انسان وبقاء الرهن لا يكون الا باعتبار بقاء الدين ولو قتل عمدا وهو مفلس فكفل به كفيل بالدين الذي عليه صح والقصاص الواجب ليس بمال ولو لم تكن الذمة باقية حكما لما صححت الكفالة هنا وهذا بخلاف دين الكتابة فالحق هناك غير مطلوب وكذلك الديون الواجبة لله تعالى فانها غير مطلوبة في الحكم في الدنيا والكفالة تكون بالحق فيشترط كون الحق مطلوبا في نفسه على الاطلاق وهناك الحق مطلوب في نفسه وبموته لم يتغير الحكم فبقي مطلوبا وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن الحق قد توى وانما تصح الكفالة بالتأثم مثلا من الدين دون التأوى وبيان ذلك هو انه لا يتصور قيام الحق بدون محله ومحل الدين الذمة وقد خرجت ذمته بموته من أن يكون محلا صالحا لوجوب الحق فيها فان الذمة عبارة عن العهدة ومنه يقال أهل الذمة وأصل ذلك من الميثاق المأخوذ على الذرية المأخوذة من ظهر آدم صلوات الله عليه قال تعالى وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم الآية وتماه بالالزام المذكور في قوله تعالى وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه وذلك باعتبار صفة الحياة قبله فأما بالموت فخرج من أن يكون أهلا لالزام شيء من الحقوق في أحكام الدنيا فعرفنا أنه لم يبق له ذمة صالحة تكون محلا للحق ولكنه في أحكام الآخرة معدة للحياة فتبقى الذمة في أحكام الآخرة ولهذا كان مؤاخذا به وهو معد للحياة في الدنيا عادة فلا تبقى الذمة في أحكام الدنيا وباعتبار المطالبة

في أحكام الآخرة لا يمكن تصحيح الكفالة كما في ديون اللهجات قدرته والدليل عليه أن الزمة لم تبق محلا لوجوب الحق فيها بعد الموت وكما يشترط المحل لا ابتداء الالتزام فكذلك يشترط المحل لبقاء الحق ولم يبق المحل فلا يبقى في أحكام الدنيا أيضا والكفيل انما يلتزم المطالبة بما على الاصيل ولا يلتزم أصل الدين في ذمته ولم يبق في ذمة الاصيل شيء في أحكام الدنيا فلا تصح الكفالة وهذا الدين في حكم المطالبة دون دين الكتابة فالمكاتب يطالب بالمال وان كان لا يجبس فيه ثم هناك الكفالة به لا تصح فهنا أولى بخلاف المفلس في حال الحياة فان ذمته محل صالح لوجوب الحق فيها ابتداء فبقى الواجب وبخلاف العبد أيضا فان له ذمة صالحة لوجوب الحق فيها وان ضعف ذمته بسبب الرق وبخلاف ما اذا مات مليا فالمال هناك خلف عن الزمة فيما هو المقصود وهو المطالبة والاستيفاء لان الاستيفاء يكون من المال بجعل الاصل قائما حكما وهنالم يبق حلف بعد موته مفلسا وتوهم أن يتبرع انسان بماله فيقضى عنه الدين لا بجعل مال الغير خلفا عن ذمته قبل جعل صاحبه وبخلاف ما اذا كان بالدين كفيل لان ذمة الكفيل هنا خلف عن ذمته وبعد صحة الكفالة قد يتحول الدين الى ذمة الكفيل عند الضرورة وهو عند أداء الكفيل أو الهبة وقد تحققت الضرورة هنا فلماذا بقي الكفيل في الكفالة وكذلك الرهن خلف عن الزمة فيما هو المقصود وهو استيفاء الدين منه بقدر استيفائه من محل آخر واذا قتل عمدا فقد قال بعض أصحابنا رحمهم الله لا تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله وبعد التسليم يقول القصاص الواجب بفرض أن يصير مالا بعفو بعض الشركاء أو تمسك الشبهة فتوهم توجه المطالبة في الدنيا بقضاء ذلك الدين يجعل الزمة باقية حكما فتصح الكفالة لهذا المعنى والحديث المروي في الباب يحتمل أن يكون ذلك من أبي قتادة أو على رضى الله عنهما اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء في الكفالة سواء والعموم بحكاية الحال لا يثبت ويحتمل أن يكون وعدا منهما لا كفالة وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على الميت ليظهر طريق لقضاء ما عليه فلما ظهر الطريق لوعدهما صلى الله عليه لهذا (ألا ترى) انه مروي انه كان يقول لعلي رضى الله عنه بعد ذلك ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال صلى الله عليه وسلم الآن بردت عليه جلده ولم يجبره على الاداء وبه يتبين انه كان وعدا لا كفالة والحديث الآخر شاذ ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم عرف أن لذلك الرجل مالا ولكنه ما كان ظاهرا عند الناس فلماذا نذبههم الى الضمان عنه ليصلي

عليه ثم هذا حكم منسوخ لا جاعنا على جواز الصلاة على المديون المفاس والاستدلال بالمنسوخ لا يقوى والله أعلم بالصواب

باب كتاب القاضي في الكفالة

(قال رحمه الله) وإذا كتب القاضي إلى القاضي في كفالة بنفس رجل كفل به بأمره فأراد أن يقبل معه حتى يوافيه به فأقام على كتاب القاضي شاهدي عدل وكتب أنه قد قامت عنده البيينة العادلة أنه كفل بنفسه بأمره فإن القاضي يأمره بالخروج معه حتى يوفي مكانه ويخلصه مما أدخله فيه لأن الكفالة بالنفس تثبت مع الشبهات فيثبت كتاب القاضي إلى القاضي ثم الثابت بالبيينة عند القاضي المكتوب إليه كالثابت باقرار الخصم ولو أقر الخصم بذلك في الذمة بالخروج معه لأنه هو الذي أوقعه في هذه الورطة حين أمر أن يكفل بنفسه فعليه أن يخلصه ههنا كما لو أمر بالكفالة بالمال كان عليه تخليصه مما يلزمه به فإن كفل بالبصرة وجاء بالكتاب من قاضي البصرة إلى قاضي الكوفة بذلك فإنه يؤمر أن يوافيه حتى يبرئه من ذلك لأنه إنما يلزمه تسليمه في الموضع الذي التزم التسليم فيه ولا يقدر على ذلك إلا بموافاة الأمره إلى ذلك الموضع وكذلك لو كان كفل به بالكوفة على أن يوافي به بالبصرة فأخذ الطالب بالكوفة فإنه يأمره القاضي أن يوافي معه بالبصرة حتى يبرئه لما قلنا ولو كفل بنفسه بالكوفة على أن يدفعه بالكوفة وأخذ الطالب بالبصرة فطلب كتاب قاضي البصرة إلى قاضي الكوفة بذلك ليأمره بأن يوافي معه بالبصرة لم يجبه إلى ذلك ولو كتب له يجبر قاضي الكوفة المكفول به على الذهاب معه إلى البصرة لأن مطالبة الطالب بالبصرة لا تلزم الكفيل شيئا فإنه ما التزم تسليمه إليه بالبصرة ولو طلب الكفيل كتاب قاضي البصرة بيينة بالكفالة بأمره فإنه يكتب له بذلك حتى إذا قدم الكوفة وطالب الطالب بالتسليم فامتنع الاصيل وجحد الأمر بالكفالة كان كتاب قاضي البصرة حجة له عليه ولو كتب القاضي إلى القاضي كتابا في كفالة بنفس رجل ولم يبين في كفالاته أنه كفل بأمره فإنه لا يؤخذ له بذلك بمنزلة ما لو أقر أنه كفل بغير أمره وهذا لأنه لو كفل عنه بمال بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لأنه التزمه باختياره فكذلك إذا كفل بنفسه بغير أمره وإذا كان الكفلاء بالمال ثلاثة وبعضهم كفلاء عن بعض فأدى المال أحدهم والكفيلان الآخران في بلدين

وصاحب الاصل في بلد آخر فأقام البينة بذلك عند القاضي وسأله أن يكتب له به فانه يكتب له بثلاثة كتب الى كل بلد بصفة الكفالة وحالها وأداء المال لانه يحتاج الى ذلك كله فربما يقصد أخذ الثلاثة فلا بد من أن يعطيه ما يكون حجة له عليه الا أنه يكتب الى كل قاض بما كتب به الى القاضي الآخر على سبيل النظر فيه للخصوم لكيلا يلتبس المدعي ويأخذ مالا على حدة كل كتاب عن كل خصم ولا بد من أن يسمى في كتابه الشهود وآباءهم وقبائلهم لان هذا الكتاب لنقل الشهادة فلا بد من اعلام الشاهد فيه واعلامه بذكر اسمه واسم أبيه وقبيلته فان أخذ أحد الكفلاء فقال قد أخذت من الكفيل معي نصف المال أو من الاصيل المال فعليه البينة لان الاصيل لو ادعى ذلك بنفسه كان عليه أن يبينه بالبينة فكذلك اذا ادعى ذلك الكفيل وهذا لان السبب الموجب للرجوع له بنصف المال على الذي أخذه ظاهر وهو يدعي مانعاً أو مستقطاً فعليه اثباته بالبينة فان لم يكن له بينة حلف الذي ادعى المال وأخذ منه نصفه واذا أدي الكفيل المال وأخذ به كتاب قاض الى قاض فلم يجد صاحبه هناك فان القاضي الذي أناه بالكتاب يكتب له الى قاض آخر بما أناه من قاضي كذا لان على المكتوب اليه أن ينظر له ويقبضه على ما يتوصل به الى حقه كما هو على الكتاب ولان شهوده قد ثبت في مجلس القاضي المكتوب اليه بالكتاب فهو كما لو ثبت بأدائهم الشهادة في مجلسه فعليه أن يكتب له الى قاضي البلدة التي فيها خصمه وان رجع القاضي الذي كتب له أول مرة فقال اكتب لي كتاباً آخر فاني لم أجد خصمي في البلد الذي كتب الى قاضيه لم يكتب له حتي يرد اليه كتابه الاول نظراً منه لخصمه لان من الجائز أن يقصد المدعي التلبس ليأخذ مالا بكل كتاب وانما حقه في مال واحد وان كتب له قبل أن يرد اليه كتابه فقد أساء في ترك النظر لاي الخصمين وميله الى أحدهما وتمكينه من التلبس وليبين في كتابه أنه قد كتب له في هذه النسخة الى قاضي كذا وكذا فهذا يدفع بعض التلبس ويحصل للقاضي الكاتب التحرز عن التمكن من الظلم واذا كتب للقاضي بمال أداءه كفيل عن كفيل فهو جائز ويؤخذ به الكفيل الاول للثاني اذا كان هو الذي أمره به ولا يؤخذ به الذي عليه الاصل ولم يأمره بالكفالة عنه وانما أمره الكفيل الاول والتخليص انما يجب على من أوقفه بأمره اياه بالكفالة في الورطة فان كان الاصل هو الذي أمر الثاني أن يضمن من لم يأمره بشيء وأصل المال على الاصيل فلا فرق بين أن يأمره أن يكفل بذلك المال عنه وبين أن يأمره بأن يكفل به عن كفيله واذا

ادعى الكفيل المال وكتب له القاضي بذلك ولم يكتب في كتابه انه كفل بأمره فان الذي أتاه الكتاب لا يرد الكفيل بالمال لان الاصيل لو أقر بكفاله عنه وجحد أن يكون أمره بذلك لم يكن له أن يرجع عليه بشئ فكذلك اذا ثبت ذلك بالبينه وان جاء الكفيل بكتاب من قاض آخر انه كفل عنه بأمره فهو مستقيم ويؤخذ له بالمال بمنزلة ماله أقر الخصم بذلك أو شهد عليه شاهدان والله تعالى أعلم بالصواب

باب الشهادة واليمين في الحوالة والكفالة

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل على رجل كفالة بنفس رجل وشهد له شاهدان فاختلغا في الوقت أو في البلد الذي وقعت الكفالة فيه أو في الاجل بأن قال أحدهما الى شهر وقال الآخر الى شهرين أو قال أحدهما حال وقال الآخر الى شهر فالكفالة لازمة في ذلك كله لانه قول يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به وهو أصل الكفالة باختلافها في هذه الاشياء ولو شهدا أن هذا كفل لهذا بنفس رجل لانعرفه ولكن نعرف وجهه ان جاء به فهو جائز لانهما يشهدان على قول الكفيل ويجعل مآبث من قوله بشهادتهما كالثابت باقراره فيقضى القاضي به ويأمره أن يأتي به على معرفتهما ولو قال لا نعرف وجهه أيضاً فانه يؤخذ بالكفالة بمنزلة ماله أقر عند القاضي بأنه كفل بنفس رجل لهذا ثم يقال له أي رجل أتيت به وقلت هو هذا وحلفت عليه فأنت برى من الكفالة وهذا لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار بالقول في بيانه قول المقر بمنزلة ماله أقر أنه غصب من فلان شيئاً أو شهد الشهود على اقراره بذلك ولو قال أحدهما كفل بنفس فلان وقال الآخر كفل بنفس فلان الآخر لم تجز الشهادة لاختلافهما في المشهود به على وجه لا يمكن التوفيق فيه ولو ادعى رجل كفالة بنفس رجلين فأقام شاهدين فأثبتا كفالة أحدهما واختلغا في الآخر فأثبتته أحدهما وشك الآخر فيه فانه يؤخذ بالكفالة التي اجتمعا عليها لان الحجة فيها قد تمت وفي الآخر لم تتم الحجة حين شك فيه أحدهما والكفالة بأحدهما تنفصل عن الكفالة بالآخر . ولو شهد رجلان على رجل انه كفل لأبيهما ولرجل بنفس فلان كانت شهادتهما باطلة لانهما يشهدان بلفظ واحد وقد بطلت شهادتهما في حق أبيهما فتبطل في حق الآخر أيضاً اذ المشهود به لفظ واحد ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل لفلان بنفس فلان فان لم يواف به غدا فليطع ماعليه وهو ألف درهم

فهو جائز لان الثابت بالبينّة كالثابت بالمعاينة أو اقرار الخصم فان اختلفا في الوقت أو المكان أو الاجل فشهادتهما جائزة اذا ادعى الطالب أقرب الاجلين فان ادعى أبعد الاجلين لم تقبل الشهادة لانه قد أ كذب الذي شهد باقرارهما حين ادعى الابعد وانما أ كذبه فيما شهد له به وا كذاب المدني شاهده فيما شهد له يبطل شهادته بخلاف الاول فهناك انما أ كذب الشاهد بأبعد الاجلين فيما شهد عليه به وذلك لا يضره وهو بمنزلة ما لو ادعى ألفا وشهد له أحد الشاهدين بألف وخمسمائة لا تقبل ولو ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له أحد الشاهدين بألف قبلت شهادتهما على مقدار الالف لهذا المعنى ولو اختلفا في المال فشهد أحدهما بدينار والآخر بدنانير لم تجز شهادتهما في شيء من ذلك اذا ادعى الطالب النصفين وقال لم يشهد لي بالنصف الآخر لانه أ كذب أحدهما فيما شهد له به فتبطل شهادتهما في جميع ما شهدا به وان ادعى النصفين جميعا جازت شهادتهما في الكفالة بالنفس وبطلت في المال لانه ما أ كذب واحدا منهما فيقضى بشهادتهما فيما اتفقا عليه ويتمتع القضاء فيما تفرد به كل واحد منهما فان اتفقا في المال انه ألف درهم فقال أحدهما قرض وقال الآخر ثمن مبيع وقال لم تشهد لي على القرض فقد أ كذب الشاهد بالقرض فلا تجوز شهادته له في شيء من ذلك وان ادعى الطالب ألفين ألف قرض وألف ثمن مبيع فهو ما أ كذب واحدا منهما فتجوز شهادتهما له في الكفالة بالنفس وفي ألف درهم لا يقبلها على وجوب الألف واختلافهما في الجهة لا يمنع القضاء بالمال لانهما اختلفا ولم يختلفا بقلّة ولان الجهة غير مطلوبة بعينها وانما المقصود المال بخلاف الاول فقد اختلفا هنا في جنس المال الذي هو مقصود وان كان الشاهدان كفيلين بالمال عن صاحب الاصل لم تجز شهادتهما لانهما يجزان بها الى أنفسهما معهما فان الطالب اذا أخذ المال من المشهود عليه استفاد البراءة به وكذلك لا تجوز شهادة ولدهما ووالدهما لانه ينفعهما بشهادته وكذلك لا تجوز شهادة ابن الاصيل على الكفيل بذلك لانه ينفع أباه فان الطالب اذا استوفى المال من الكفيل برئ الاصيل وكذلك تجوز شهادة ابن الكفيل اذا أقر به الكفيل وأنكره الاصيل لانه شهد لأبيه في ثبوت حق الرجوع على الاصيل عند الاداء وان جعد الكفيل وأقر به الاصيل جازت شهادة ابن الكفيل لانه يشهد على أبيه للطالب بازام المال واذا ادعى رجل على رجل انه كفّل له بنفس رجل وبألف درهم له عليه ان لم يواف به غدا وشهد له بذلك شاهدان وشهدا أن المكفول به أمر الكفيل بذلك والكفيل والمكفول به ينكران

المال والا مرفقضى القاضى بتلك الشهادة على الكفيل ولم يواف به فأخذ المال وأداه رجع به على المكفول به عندنا وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه أقر عند القاضى أنه أمره بالكفالة عنه بشئ واقتراره حجة عليه ولانه بزعمه مظلوم فيما أخذ منه المال وليس للمظلوم أن يظلم غيره ولكننا نقول القاضى أكذبه فى اقراره وزعمه حين أئزمه المال بشهادة الشهود والمقرمى صار مكذباً فى اقراره حكما سقط اعتبار اقراره كالمشتري اذا كان أقر بالملك لبائعه فاستحق المبيع من يده بالبيننة رجع على بائعه باليمن ولم يعتبر اقراره بذلك ولو أقر الكفيل بالكفالة بالنفس والمال وقال لم يأمرنى بذلك فقضى عليه القاضى بذلك ثم جاء الكفيل بالبيننة أن المكفول عنه أمره بالكفالة لم تقبل بينته على ذلك لانه مناقض فى دعواه حين أقر انه لم يأمره بذلك والمناقض لا يقبل بينة على خصمه ولان القاضى انما قضى عليه بالكفالة بالمال باقراره على نفسه بذلك واقتراره ليس بحجة على الاصيل بخلاف الاول فالقضاء هناك كان بحجة البينة وقد قامت على الكفيل والاصيل جميعا واذا كفل بنفسه بأمره فان لم يواف به غدا فعليه المال ولو ادعى الكفيل انه وافى به لم يصدق الا بينة لانه ادعى مانما أو مسقطا بعد ما ظهر سبب وجوب المال عليه وهو الكفالة فان أقام البينة على ذلك برئ من الكفالة بالنفس والمال جميعا لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ويستوى ان شهدا على الموافاة أو على اقرار الطالب بذلك فان اختلفا فى مكان اقراره أو وقته جازت الشهادة لان الاقرار قول يكرر وان شهد أحدهما انه دفعه اليه غدوة بحضور منه بغير اقراره وشهد الآخر انه دفعه اليه عشية بحضور منه بغير اقراره والمدعى يدعى أحدهما أو كلاهما وقال دفعته اليه غدوة أو عشية لم تجز شهادتهما لاختلافهما فى المشهود به فان الفعل الموجود فى مكان أو زمان غير الفعل الموجود فى مكان أو زمان آخر ولو أقر الكفيل انه لم يدفع الرجل اليه وأن المال قد لزمه والشهود شهدوا بباطل وقد اتفقت شهادتهما فالمال لازم للكفيل لا كذا به الشاهدين فيما شهدا به نه ولا يرجع به اذا أداه على المكفول عنه لانه قد أقر به فلزمه ذلك باقراره بعد ما ظهرت حجة براءته واقتراره ليس بحجة على الاصيل واذا كفل رجل بنفس رجل فان لم يواف به غدا فعليه المال فشهد عليه شاهد بذلك معاينة وآخر باقراره والكفيل بمجرد ذلك لزمه ذلك لان الكفالة قول وصيغة الاقرار والانشاء فيه واحدة وفى مثله اختلاف الشاهدين فى الاقرار والانشاء لا يضر كالبيع وان شهدا على رجل أنه كفل لرجل بألف درهم عن

فلان واختلفا في اللفظ فقال أحدهما كفل بها وقال الآخر ضمنها أو قال أحدهما هي لي وقال الآخر هي علي قال الشهادة جائزة لاتفاقهما فيما هو المقصود وهو الكفالة والاتفاق قوالب المعاني فعند اتفاقهما على العقد المشهود به لا يضرهما اختلاف العبارة كما لو شهد أحدهما بالمهبة والآخر بالحنلة وإن قال أحدهما احتال بها عليه وقال الآخر ضمنها له على أن أبرأ الأول أو لم يذكر البراءة وادعى الطالب الضمان أو الحوالة والبراءة فإنه يأخذ المحتال عليه بالمال لاتفاق الشاهدين على الحوالة وإن اختلفا في العبارة أو لاتفاقهما على التزام المشهود عليه للمال كما إذا شهد أحدهما بالضمان ولم يذكر البراءة وهذا لأن في الحوالة ضمانا وزيادة فيقضى بما اتفقا عليه والاصيل يرى بائرا الطالب لا بشهادة أحد الشاهدين بالحوالة ولو ادعى الطالب الضمان بغير براءة وقال لم أحل عليه فإنه يأخذ أيهما شاء بالمال لاتفاق الشاهدين على مقدار الالتزام بالضمان والطالب ما أ كذب الذي شهد له بالحوالة في شهادته له وإنما كذبه في شهادته عليه وهو براءة الاصيل وذلك لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد له بالمال وشهد أحدهما أنه استوفاه أو أنه أبرأ المطلوب منه قال (ألا ترى) أنه لو شهد شاهدان أنه كفل له بالمال على أن أبرأ الأول والطالب يقول لم أبرأ الأول والكفيل يجحد الكفالة قضيت للطالب بالكفالة وأبرأت الاصيل إذا كان هو يدعي شهادتهما على البراءة وبهذا يتبين أنهما في الشهادة على البراءة يشهدان على الطالب لاله وكذلك لو شهدا بالحوالة وقال الطالب إنما كفل لي فهو ما كذبهما فيما شهدا له من ضمان المال ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل بألف درهم لرجل فقال أحدهما إلى سنة وقال الآخر حالة وادعى الطالب حالة وجحد الكفيل أو أقر وادعى الأجل فالمال عليه في الوجهين من قبل أن الطالب لم يكذب شاهده فيما شهد له به وإنما أ كذبه فيما شهد به عليه والشاهد بالاجل للكفيل واحد وقد بينا فيما سبق أن زفر رحمه الله يخالفنا في جميع هذه الفصول وأنه لا يفصل بين الا كذاب فيما شهد به له أو عليه ولو ادعى رجل قبل رجلين كفالة بألف درهم وكل واحد منهما كفيل ضامن بها وشهد له شاهدان فشهد أحدهما بذلك عليهما وشهد الآخر على أحدهما فإن الطالب يأخذ الذي اجتمعا عليه بالألف لأن كل واحد منهما بحكم هذه الكفالة مطالب بجميع المال وقد تمت الحجة على أحدهما ولو شهد شاهد عليهما وشهد آخر على أحدهما وشهد الآخر على الآخر كان للطالب أن يأخذهما جميعا بالمال لأن الحجة قد تمت في حق كل واحد منهما في حق أحدهما لشهادة الاولين

وفي حق الآخر بشهادة الآخر أخذ الاولين مع الثالث وان شهد اثنان على أحدهما انه كفل له هو وفلان عن فلان بألف درهم على أن يأخذ أيهما شاء وشهد له الآخران على كفيل الآخر بمثل ذلك كان له أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان الحجة قد تمت في حق كل واحد منهما بالتزامه جميع المال ولو شهد له شاهدان بالمال حالا على الاول وشهد له آخران على الآخر بالمال الى أجل على مثل شهادة الاول كان جائزا وأخذ الطالب صاحب الاجل بالمال الى أجله والآخر بالمال حالا اعتبارا للثابت بالينة بالثابت بالمعينة وكذلك ان اختلف الفريقان في مبلغ المال أخذ الطالب أيهما شاء بما شهد به الشاهدان عليه اعتبارا بما لو أقر كل واحد منهما بذلك القدر واذا ادعى رجل كفالة ألف درهم له على رجل قد سماه فشهد شاهدان انه كفل له بألف درهم عن رجل وقالوا رأيناه ولم نعرفه أو لم نره ولكن الكفيل أشهدنا على ذلك فالمال لازم للكفيل لانهما يشهدان على قوله فهو بمنزلة شهادتهما على اقراره والمشهود له معلوم اذا أدى الكفيل المال لم يرجع على المكفول عنه الا أن يشهد له شاهدان انه أمره بذلك وان أراد الطالب أن يأخذ الاصيل دون الكفيل لم يكن له ذلك اذا جحد لان البينة الاولى ليست بحجة على الاصيل حين لم يعرفه الشهود أو لم يروه واذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم أحال بها فلان الغائب وأقام البينة فأدى اليه المحتال عليه رجع بها على المحيل ولم يكلف إعادة البينة عليه لان المحتال عليه التزم بالحوالة بالمال الذي هو على الاصيل وانما يتحول الى ذمته ما كان في ذمة الاصيل على أن يكون هو خلفا عن الاصيل ولهذا لو مات مفلسا عاد المال الى الاصيل فانتصب هو خصما عنه ومن ضرورة القضاء عليه بالحوالة بالامر القضاء بالمال على المحتال عليه ولو كان الطالب غائبا فأقام المحتال عليه البينة على الاصيل أنه كان لفلان عليك ألف درهم وأحلتها بها على وأديتها اليه قضيت بها له عليه وهو قضاء على الطالب بالاستيفاء لانه ادعى لنفسه المال على الاصيل ولا يتوصل الى ذلك الا بآبآت الاداء الى الطالب ولا يتوصل الاصيل الى دفع ذلك عن نفسه الا بانكار قبض الطالب بالاستيفاء فلا يلتفت الى جعوده بعد ذلك اذا حضروا الكفالة في هذا قياس الحوالة ولو ادعى رجل على رجل كفالة بنفس أو مال أو حوالة ولا بينة له استخلف المدعى عليه فان نكل عن اليمين لزمه ذلك وان حلف برئ ورجع المدعى على صاحب الاصيل بالمال وهذا ظاهر في الكفالة فان الكفالة لا توجب سقوط مطالبة الطالب عن الاصيل وكذلك في الحوالة لان

الاصيل انما يبرأ اذا ثبتت الحوالة ولم تثبت حين حلف المحتال عليه ولانه حين جحد وحلف قد تحقق التوى وذلك يوجب عود المال الى الاصيل كما لو مات المحتال عليه مفلسا فان نكل عن اليمين وأدى المال رجع على الاصيل ان كان مقرا أو قامت بينة عليه بالامر وجحد المحتال عليه لا يبطل تلك الحوالة لانه صار مكذبا في ذلك حين قضى القاضي به عليه ولم يجعل نكوله هنا بمنزلة اقراره بل جعله بمنزلة اليانة لانه مضطر الى هذا النكول وانما لحقته هذه الضرورة في عمل باشره لنفيه فهو نظير الوكيل بالبيع اذا نكل عن اليمين في دعوى العيب فرد عليه كان ذلك ردا على الموكل ولو كان قضى بالمال على الكفيل أو المحتال عليه بينة قامت عليه بذلك وان فلانا أمره به فأدى المال وصاحب الاصل جاحد للامر فانه يرجع عليه بالمال لانه صار مكذبا شرعا بالبينة التي قامت عليه بذلك ولو كان قضى عليه بالمال بنكوله عن اليمين وأداه فله أن يستحلف الاصيل بالله ما أمره بذلك لما بينا انه مضطر الى النكول الا أن نكوله ليس بحجة على الاصيل في الأمر فيحلفه على ذلك ولو ادعى قبل رجل كفالة بنفس أو مال فقال الكفيل لم أكفل له بشئ وقد أبرأني من هذه الدعوى فاستحلفه مأبراني وقال الطالب بل استحلفه ما كفل به لي فاني استحلفه بالله ماله قبله ذلك لان القاضي انما يستغل بالاستحلاف على ما هو المقصود وهو قيام الكفالة بينهما في الحال فيحلف على ذلك فان حلف برى وان نكل لزمته الكفالة ولم يستحلف الطالب بالله مأبراه لان الكفيل يدعى عليه البراءة فيحلف على ذلك لحقه فان نكل عن اليمين برى الكفيل من كفالاته كما لو أقر ببراءته وان ادعى الكفيل بالنفس انه دفعه الى وكيل الطالب حلف الطالب على علمه لانه استحلف على فعل الغير بخلاف ما اذا ادعى الدفع اليه فانه استحلف على فعل نفسه فيكون على البتات ولو ادعى رجل قبل رجل كفالة فقال أخذك غلامي حتى كفلت لي بفلان وجحد الكفيل ذلك فانه يحلف على ذلك لانه لو أقر به لزمه تسليم النفس اليه وان كانت الكفالة له بحضرة غلامه دونه فان أنكر يستحلف عليه لرجاء النكول واذا طلب مدعي الكفالة بنفس أو مال ان يحلف الكفيل بالله ما كفل لم يحلف كذلك ولكنه يحلف بالله ماله قبله هذه الكفالة لان الانسان قد يكفل لنفيه ثم يبرأ من كفالاته بسبب فلو حلفه القاضي ما كفل يضر به لانه لا يمكنه أن يحلف وان كان هو محقا في انكاره الكفالة في الحال والقاضي مأمور بالنظر للخصمين فلماذا يحلفه بالله ماله قبله هذه الكفالة وكذلك هذا في كل دين ومال وديعة وعارية وشراء واجارة

فانه لا يحلف ما اشترت ولا استودعك ولا أعارك ولا استأجرت منه ولكن يحلف بالله
سأله قبلك ما ادعي به وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال هذا اذا عرض المدعي عليه فقال أيها
القاضي قد يكفل الانسان ثم يبرأ منه فلا يلزمه شيء فاما اذا لم يشتغل بهذا التعريض فانه يحلف
بالله ما كفت لانه انما يستحلف على جحوده وقد جحد الكفالة أصلا فيحلف على ذلك فاذا
عرض فقد طلب من القاضي أن ينظر له فعلى القاضي اجابته الى ذلك وان لم يعرض فهو الذي
لم ينظر لنفسه فلا ينظر القاضي له ولكنه يحلفه على جحوده وفي ظاهر الرواية قال هذا
التعريض لا يهتدى اليه كل خصم وعلى القاضي أن يصون قضاء نفسه عن الجور ونفسه عن
الظلم فيحلفه على ما بينا عرض الخصم أو لم يعرض ولو قال الكفيل للقاضي حلف الطالب ان
له قبلي هذه الكفالة فاني أرد عليه اليمين فانه لم يرد عليه اليمين لان الشرع جعل اليمين على المنكر
فاذا رددت اليمين على المدعي فقد خالفت الاثر وقد بينا هذا في الدعوى ولو جاء الطالب
بشاهديه على قوله فقال المطلوب استحلفه بالله لقد شهدت شهوده على حق لم أستحلفه على ذلك
لان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل البيعة على المدعي فاذا جعلت عليه مع البيعة يميناً فقد
جعات ما لم يجعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك ممتنع والله أعلم بالصواب

باب كفالة الرجلين على شرط لزوم المال بترك الموافقة

(قال رحمه الله) واذا كفّل رجل لرجلين بنفس رجل فان لم يواف به ادى ما ادعياه عليه
فعليه ما لهما عليه وسمى لكل انسان منهما الذي له عليه وهو مختلف فهو جائز لانه نمجز الكفالة
بالنفس لكل واحد منهما وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافقة اذا ادعياه وذلك صحيح في
حق كل واحد منهما عند الانفراد في حقهما فان دعاه أحدهما ولم يواف به لزمه ماله عليه
لوجود الشرط في حقه ولم يلزمه مال الآخر حتى يدعوه به وبهذا يتبين أن هذا في المعنى
ليس بتعليق للكفالة بالمال بالشرط ولكنه بمنزلة الكفيل بالمال بشرط ابرائه من مال كل
واحد منهما بموافاته به اذا ادعياه لانه لو كان هذا تعليقاً بالشرط لم يجب شيء من المال بوجود
بعض الشرط واذا دعاه أحدهما فلم يوافه به فالموجود بعض الشرط وقال يلزمه المال
عرفنا انه انما يلزمه لان الموافقة كانت مبرئة له ولم توجد ولو بدأ بالمال فضمنه لكل واحد
منهما وقال ان وافيتكما بنفسه اذا دعوتماي به فأنا برىء من المال فهو مثل الاول وتقديم

المال في هذا وتأخير سواه لانه وان أخر الكفالة بالمال في لفظه فهو في المعنى مقدم وانما هو شرط البراءة عند الموافقة بنفسه اذا دعيه به ولكل واحد منهما أن يأخذ بكفالاته دون الآخر لانه في المعنى كفيل لكل واحد منهما على حدته ويلزمه ذلك دون الآخر وان جمع بينهما في العقد لفظاً بمنزلة مالو أقر لهما بمال فلكل واحد منهما أن يأخذ حصته دون الآخر ولو كان الطالب رجلين متفاوضين لهما على رجل ألف درهم فكفل لهما رجل بنفس المطلوب فان وافاهما به غدا فهو برئ من المال فوافي به أحدهما ودفعه اليه فهو برئ من كفالاته بالنفس والمال لهما جميعاً لان المتفاوضين كشخص واحد ما بقيت المفاوضة بينهما وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في استيفاء ما وجب لصاحبه كما هو قائم مقام صاحبه في كونه مطالباً بما على صاحبه ولو كانا شريكين شركة عنان برئ من حصّة الذي وافاه به ولم يبرأ من الكفالة الآخر لانه فيما هو واجب لصاحبه بمنزلة الاجنبي في الاستيفاء حتى لا يكون له أن يطالب التريم به فكذلك لا يبرأ عن كفالة صاحبه بموافاته به ولو كفل رجلان بنفس رجل على أن يوافيا به غدا فان لم يفعلا فالمال عليهما فوافي به أحدهما عنه وعن صاحبه ولم يحضر الآخر فهما برئان لانهما التزما التسليم بعقد واحد ولو التزما مالا فأداه أحدهما برئاً منه جميعاً فكذلك الكفالة بالنفس ولو مات أحدهما ثم مضى الاجل ولم يوافيا به لزم الحيّ منهما نصف المال وفي تركة الميت نصف المال لوجود الشرط وهو عدم الموافقة به ولو كان وافي به بعض ورثة الميت قبل الاجل برئاً جميعاً لان الوارث قائم مقام المورث في التسليم ولو كان كفل به كل واحد منهما على حدة فاشتراط الطالب على كل واحد منهما انه ان لم يواف به الي وقت كذا فعليه المال فوافي به أحدهما فدفعه فانه يبرأ من كفالاته ولا يبرأ الآخر لان الكفالة هنا مختلفة وكل واحد منهما أجنبي عن عقد صاحبه الا أن يقول الذي جاء به دفعته عن نفسي وعن صاحبي وقبله الطالب على ذلك بمنزلة مالو جاء به أجنبي آخر فدفعه عنهما جميعاً وقبله الطالب ولو دفع المكفول به نفسه الي الطالب عنهما جميعاً كانا برئين سواء قبله الطالب أو لم يقبله بمنزلة مالو دفعه اليه لانه أصيل في هذا التسليم غير متبرع به بخلاف الاجنبي والله أعلم بالصواب

باب الكفالة بالاعيان

(قال رحمه الله) واذا ادعى عبداً في يدي رجل فلم يقدمه الى القاضي وأخذ منه كفيلاً بنفسه

وبالعبد فأت العبد في يدى المطلوب وأقام المدعى البينة أن العبد عنده فإن القاضى يقضى له بقيمة العبد على المطلوب وان شاء على الكفيل لانه ثبت بالبينة أن العبد كان منصوبا والكفالة باليمين المنصوبة توجب على الكفيل رد القيمة عند تعذر رد العين كما أنها واجبة على الاصيل وان لم يتم البينة ولكن المطلوب نكل عن اليمين فقضى عليه القاضى بالعبد فأت العبد قبل أن يقبضه فانه يقضى له بقيمته على الاصيل دون الكفيل لان نكوله كإقراره أو كبذله فلا يكون حجة على الكفيل الا أن يقر الكفيل بمثل ذلك أو يأبى اليمين فيلزمه مثل ما يلزم المطلوب ولو غصب رجل عبدا فضمنه رجل لصاحبه فهو ضامن له حتى يأتى به فان هلك فعليه قيمته لانه التزم المطالبة بما على الاصيل والقول قول الكفيل في قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل فان أقر الناصب بأكثر من ذلك لزمه الفضل بإقراره ولا يصدق على الكفيل ولو اشترى رجل جارية من رجل قبضها وجاء آخر فادعاه وأخذها كفيلا وأقام البينة أنها جاريته فقضى له بها فقال المطلوب قد ماتت أو أبتت وقال الطالب كذبت فأنى أحبس الكفيل حتى يأتى بها كما أحبس فلانا الاصيل حتى يثبت اباؤها فان طال ذلك يعنى مدة الحبس ضمنهما قيمتها مراعاة لحق الطالب اذا طلب وان قال هى بمائة درهم وحلفا عليها وقال الطالب ألف درهم ضمنهما مائة درهم لان الزيادة انشئت أن تكون قيمتها ما لم يتم البينة بها ويأخذها أيا شاء فاذا ظهرت الجارية بعد ذلك فهو بالخيار ان شاء أخذ الجارية ورد القيمة وان شاء سلم الجارية وسلمت المائة له وقد بينا هذا فى كتاب النصب قال ولا يسع الناصب أن يطأها ما كان للمنصوب منه فيها خيار لان المنصوب منه يملك الجارية من الناصب بالقيمة فيكون بمنزلة تملكها بالبيع وما بقى له الخيار يعنى للبائع فليس للمشتري أن يطأها فهذا مثله ولو كانوا تصادقوا على القيمة أو قامت لهما بيعة أو نكلا عن اليمين فأخذها المنصوب منه ثم ظهرت الجارية لم يكن للمنصوب منه عليها سبيل لان قبضه القيمة رضا منه بخروجها عن ملكه فان البذل والمبدل لا يجتمعان فى ملك وكان للناصب أن يطأها بعد أن يستبرئها بحبضة لتمام التملك فيها واذا كان عبد فى يدى رجل فادعاه رجل وأخذ منه كفيلا به ووكل فى خصوصته ولم ينب المطلوب وغيب العبد فان الكفيل يحبس حتى يجيى به بعينه لانه التزم بالكفالة احضاره وكذلك لو ظهر المطلوب وغيب العبد حبس حتى يأتى به لانه فى تمييزه قاصدا الاضرار بالمدعى فانه لا يتمكن من اقامة البينة على استحقاق العين الا بحضور منه فان قال

المدعى أنا آتى بالينة انه عبدى قبل ذلك منه ليستحق به العين ان قدر عليه والقيمة ان لم
يقدر على العبد فان شهد شاهداه انه العبد الذى ضمن هذا به وسمياه وجلياه عند فلان قضيت
له بالعبد على الكفيل فان آتى به والا قضيت له بقيمته بعد أن يحلف المدعى بالله ما خرج من ملكه
بوجه من الوجوه قيل انما يحلف على هذا عند طلب الكفيل وقيل بل يحلف عليه وان لم
يطلب الكفيل على وجه النظر من القاضى للنائب والصيانة لقضائه وان شهد شاهداه أن العبد
الذى يقال له فلان الفلانى وجلياه لفلان لم أقبل ذلك لان الاسم يوافق الجلية فلا يثبت
بهذه الينة انه ضامن للعبد المشهود به انه ملك للمدعى ولكن الكفيل يحبس حتى يأتى به
لانه التزم احضاره بالكفالة قبل هذه الينة فان مات الكفيل أخذ به المدعى عليه ان ظهر
العبد حتى يأتى به بعد أن يوافق جلية العبد الذى ظهر بشهادة الشهود ليتكمن المدعى من
اثبات ملكه بالينة فان لم يأت المولى بالعبد جليت عنه لان المولى ماضن شيئا ولم يثبت عليه
شيء بالينة التي قامت على الاسم والجلية وليس المولى فى هذا كالكفيل لان الكفيل التزم
الاحضار بكفاله فلا بد من أن يأتى به والمولى لم يضمن شيئا فلا يحبسه القاضى ولا يلزمه
شيئا من غير حجة واذا كان العبد فى يد رجل فادعاه آخر وكفل به رجلا فاقام المدعى بالينة
انه عبده حبس الكفيلان حتى يدفعاه اليه وان لم يكن له يدته أخذ الكفيلان باحضار ما التزما
احضاره بالكفالة فان قالا قد مات العبد أو أبقى وأقاما على ذلك يدته فأنى أخرجهما من
السجن لانهما حبسا لاحضاره وقد ثبت بهذه الينة عجزهما عن احضاره ولكن لأبرئهما من
الكفالة لان تلك الكفالة هما ضامنان للقيمة اذا ثبت ملك الطالب فى العبد بالحجة وادعى
انطالب بشهوده أن العبد عبده فان أقام على ذلك يدته أخذ كل واحد من الكفيلين بنصف
القيمة وان لم يكن له يدته فلا ضمان على الكفيلين لان الحق لم يثبت على الكفيل ويؤجل
الكفيلان فى الابق أجلا حتى يأتياه وقد بينا هذا الحكم فى الكفالة بالنفس اذا غاب الاصيل
عن البلدة واذا ادعى الرجل فى يدى الرجل أرضا أو حماما أو بستانا وقال يدتى حاضرة أخذ
له منه كفيل بالمدعى به لان المقار لا ينسب ولا يحرك ولا يحول ولانه لا حاجة الى احضاره
مجلس الحكم لتقع الاشارة اليه فى الدعوى والشهادة ولو استودع رجل رجلا عبدا فجعله
ذلك وأخذ منه كفيل بنفسه وبالعبد فات العبد وأقام رب العبد بالينة انه استودعه وقال لا يدري
ما كانت قيمته يوم كفل به الكفيل فالمستودع ضامن لقيمته يوم استودعه على ما شهدت

الشهود لانه ثبت وصوله الى يده وعلى هذه القيمة والجحود موجب عليه ضمان تلك القيمة باعتبار تلك اليد ولا يضمن الكفيل من قيمته الا ما يقر به بحد أن يحلف لان الكفيل انما يضمن بمقد الكفالة لا اعتبار يد المستودع ولم يثبت بالينة مقدار قيمته عند الكفالة ولكن ما عرف ثبوته فالاصل بقاءه وهذا نوع من الظاهر يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق فهذا لا يضمن الكفيل من قيمته الا ما يقر به بحد أن يحلف ولو كان العبد يوم اختصموا فيه أعمى وجعده المستودع فشهد الشهود انه استودعه وهو صحيح يساوى ألقا فكفل به الكفيل وهو أعمى فرفعوه الى القاضي وهو كذلك ثم مات في يد المستودع وزكى شهوده فالمستودع ضامن قيمته أعمى على الحال الذي جحد فيها وكذلك الكفيل لان المستودع انما يصير ضامنا عند الجحود وقد علم القاضي تغيره عن الميمة التي شهدت بها الشهود فلا تعتبر تلك القيمة في القضاء عليه بخلاف الاول (الآثرى) انه لو علم هلاكه قبل الجحود لم يضمنه شيئا ولو لم يعلم بذلك ضمنه قيمته فكذلك اذا علم فوات جزء منه وكذلك لو لم يعلم ولكن السرق اتضعت وجعده يوم جعده وهو يساوى خمسمائة وعلم ذلك القاضي لم يضمنه الا قيمته خمسمائة ولو لم يعلم ذلك ضمن المستودع ألف درهم كما شهد به الشهود ولم يقبل منه بينة على اتضاع السوق لان المقصود بهذه البينة النفي والبيانات للاثبات لا للنفي (الآثرى) انه بعد ما جحد لو قال قد مات العبد لم ألقت الى قوله ولم أقبل منه بينة عليه لان المقصود بهذه البينة نفي الضمان عنه الا أن يعلم القاضي انه مات قبل جحوده أو يقر الخصم به ولو استعار دابة من رجل الى مكان معلوم تجاوز ذلك المكان ضمنها ولو أعطاه كفيلا بها جاز لانه صار غاصبا ضامنا بالمجاوزة وكذلك المستودع اذا جار في بعض الودية جازت الكفالة بقدر ما جار فيها لانها أمانة في يد المودع ولو اشترى عبدا من رجل ونقده الثمن وأخذ منه كفيلا بالعبد حتى يدفعه اليه فمات العبد لم يكن على الكفيل شيء لان العقد قد انفسخ بموته قبل القبض وبرئ الاصيل عن تسليم عينه فكذلك الكفيل والكفيل ما ضمن الثمن فلا يطالب بشيء منه وكذلك لو كان ضمن الدرك في العبد لان الهلاك قبل التسليم ليس يدرك وانما الدرك للاستحقاق ولو قبضه ثم وجد به عيبا فرده لم يكن على الكفيل شيء لان العيب ليس يدرك ولو لم يجد به عيبا ولكن استحق بصفة فرد المشتري النصف الباقي لم يضمن الكفيل الا ثمن النصف المستحق لان الدرك تحقق في ذلك النصف الآخر فانما رده المشتري

بعب التبعيض وذلك ليس بدرك واذا كفّل رجل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن لم يكن على الكفيل شيء لان عين الرهن أمانة في يد المرتهن والزيادة على مقدار الدين من مالية الرهن أمانة فلا يضمن الكفيل شيئاً من ذلك بالكفالة ولو كان ضمن لصاحب الدين مائة من الرهن من دينه وكان الرهن قيمته تسعمائة والدين ألفاً ضمن الكفيل مائة درهم لانه التزم بالكفالة ديناً مضموناً في ذمة الاصيل ولو أن جارية بين رجلين أخذها أحدهما بنير أمر صاحبه فكفّل رجل لصاحبه بنصيبه منها جاز لان الآخذ غاصب ضامن لنصيب شريكه ولو كان أخذها برضاه لم يجز لان نصيبه أمانة في يد القابض ولو استعار الرهن من المرتهن على أن أعطاه كفيلاً به فهلك عند الراهن كان خارجاً من الرهن لان ضمان الاستيفاء باعتبار يد المرتهن ولم يبق بعد ما استعاره الراهن ولم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضاً شيئاً ولو كان أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذه لان الراهن ضامن مالية العين هنا (ألا ترى) انه لو هلك في يده يضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمفصوب ولو استقرض من رجل مالا على أن يعطيه فلانا عنده رهناً وكفّل له بذلك الرهن كفيل فلا ضمان على الكفيل لان الرهن لا يكون الا بالقبض فقبل القبض ليس هنا شيء مضمون على الاصيل لتصح الكفالة به ولو أجر عبداً أو دابة وعجل الاجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفّل له كفيل بذلك حتى يدفعه اليه فالكفيل يؤخذ به ما دام حياً لان التسلم مستحق على الاصيل وهو مما تجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به فان هلك ما استأجره لم يكن على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من أن يكون مطالباً بتسليم العين وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفّل بالاجر ولو أوصى لرجل بأمة وهي حبلى ولا آخر بما في بطنها وهي تخرج من الثلث فأخذ صاحب الحبلى من صاحب الامة كفيلاً بما في بطنها لم يجز لان ما في البطن غير مضمون على صاحب الامة وكذلك لو دفع الامة الى صاحب الولد تكون عنده على أن أعطاه بها كفيلاً لم تجز لانه أمين فيها حين قبضها باذن صاحبها ولو أخذها بنير أمره وأعطاه بها كفيلاً جاز لانه غاصب لها ضامن ولو أخذ صاحب الامة بنير رضا صاحب الولد وأعطاه كفيلاً بالولد لم يجز لانه يأخذ الأم لا يصير غاصباً ضامناً لما في بطنها ولو أوصى لرجل بخادم ولا آخر بخدمتها فانها تكون عند صاحب الخدمة فان أخذ منه صاحب الرقبة كفيلاً بها

وقد أخذها صاحب الخدمة باذنه لم يكن على الكفيل شيء لأنه أخذها بحق مستحق له تبرعا فلا يكون ذلك الاخذ موجبا عليه ضمنا فلا يلزم الكفيل ذلك بالكفالة ولو أخذها صاحب الرقبة بغير اذن صاحب الخدمة ثم أعطاه كفيلا بها حتى يسلمها اليه أخذها الكفيل لان تسليم العين الى صاحب الخدمة مستحق على صاحب الرقبة هنا وهو مما تجرى فيه النيابة فيصح التزامه بالكفالة فان مات برئ الكفيل لان حق صاحب الخدمة بطل بموته واستقطت المطالبة عن صاحب الرقبة بالتسليم وكذلك لو كانت الوصية بالغلة مكان الخدمة ولو أن رجلا باع من رجل عينا فادعى رجل فيه دعوى فأراد المشتري أن يأخذ من البائع كفيلا بنفسه أو بما أدركه في ذلك لم يكن له ذلك لان بمجرد الدعوى على المشتري لا يستحق المدعى على البائع شيئا فلا يجبر على اعطاء الكفيل ولكنه لو أعطاه كفيلا بما أدركه في ذلك جاز بمنزلة ما لو أعطاه ذلك عند الشراء أو بعده قبل دعوى المدعى ولو ادعى ذمي قبل ذمي خيرا أو خنزيرا بعينه فأخذ منه به كفيلا من أهل الذمة جاز وان كفله به مسلم لم يجز لان الحر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم فلا يصح منه التزام تسليمه بالكفالة كما لا يصح في سائر العقود وان هلك ذلك عنده ثم ضمنه المسلم له ثم أقام المدعى على ذلك شهودا مسلمين ضمن قيمة الخنزير ولم يضمن الحر لان الخنزير مضمون بالقيمة عند الهلاك وقيمته دراهم أو دنانير فتصح الكفالة بها من المسلم وأما الحر فانها مضمونة بالمثل فلا تصح الكفالة بها من المسلم كما لا تصح الكفالة بالعين حال قيامها ولو تقبل من رجل بناء دار معلوم أو كراب أرض معلوم أو كرى نهر معلوم فأعطاه بها كفيلا كان جائزا لان هذا عمل مستحق على الاصيل مضمون بالعقد وهو مما تجرى النيابة في ايفائه وكذلك لو أكراه ابلا الى مكة فأعطاه كفيلا بذلك جاز لان تسليمها مستحق على الاصيل ولو كانت الابل بأعيانها فأعطاه كفيلا بها كان جائزا مادامت قائمة بأعيانها لان الاصيل مطالب بتسليمها بالعقد فاذا هلكت فقد انفسخ العقد وبرئ الاصيل عن التسليم فلا ضمان على الكفيل فلو أعطاه كفيلا بالحمولة لم يجز فيما كان بعينه لانه لا تجرى النيابة فيه فان ابل الكفيل لا تقوم مقام تلك الحمولة المعينة في ايفاء المعقود عليه وجاز فيما كان بغير عينه لانه مستحق على الاصيل بالعقد وهو مما تجرى فيه النيابة بايفائه وانما يلتزم الكفيل تسليما ما يقدر على تسليمه واذا كتب ذكر حق على رجل وكتب فيه وكل واحد منهما ضامن له وأيهما شاء فلان أخذه بهذا المال ان شاء أخذها

جميعا وان شاء شتى كيف شاء وكلما شاء حتى يستوفي منهما هذا المال وانما يكتب ذلك احتياطا لصاحب الحق من اختلاف القضاة فان المذهب عندنا انه اذا كفل بمال فلطالب أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال كيف شاء وكلما شاء وقال ابن أبي ليلى رحمه الله برئ الاصيل والمال على الكفيل الا أن يشترط على كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أجزته وأيها أجاز أبرأت الآخر الا أن يشترط أن يأخذها جميعا أو شتى فأدخلا في الصك جميعا أو شتى لذلك وقال شريك بن عبد الله رحمه الله ان أدخلنا جميعا أو شتى أجزته فان اختار أحدهما لم يكن له أن يأخذ الآخر الا أن يفلس هذا أو يموت ولا يترك شيئا فأدخلا في الصك كيف شاء وكلما شاء حتى يكون له الاختيار كل مرة وهذا لان الكتاب للتوثق فينبغي لكل من يكتب الكتاب أن يحتاط لصاحبه بكل ما يقدر عليه من التوثق ويحتاط للتحرز عن اختلاف القضاة عملا بقوله تعالى وليؤد الذي أثنى أمانته والله أعلم بالصواب

باب من الكفالة أيضا

(قال رحمه الله) واذا أقرض الرجل الرجل قرضا على أن يكفل به فلان كان جائزا حاضرا كان فلان أو غائبا ضمن أو لم يضمن وكذلك لو شرط أن يحمله به على فلان لان القرض لا يتعلق بالجائز من الشروط فلا يفسده الباطل بخلاف البيع فانه لو شرط فيه كفالة أو حوالة من مجهول أو معلوم غير حاضر لم يرض بذلك فالبيع فاسد لان الفاسد من الشروط مبطل للبيع فانه يتعلق بالجائز من الشروط فأما ضمان القرض فانه يثبت بالقبض شرعا ولا أثر للشروط فيه كضمان الفصب والتزويج والخلع والصالح من دم عمد وجراحة فيها قصاص حالا أو مؤجلا وجناية الوديعة والعارية اذا ضمنها فشرط له في ذلك كفالة أو حوالة فهو بمنزلة القرض لان هذا كله لا يبطل بالشرط الفاسد وكذلك العتق على مال ولو قبل الكفيل الكفالة أو الحوالة في جميع ذلك جاز لانه دين لازم يطالب به الاصيل وتجري النيابة في إيفائه وبديل العتق بمال ليس كبديل الكتابة في حكم الكفالة لان ذلك ليس بدين قوى ومن الدليل على أن فساد شرط الكفالة لا يبطل هذه العقود ما قال في العتق لانه لا يرد ومعنى هذا أن الشرط الفاسد لا يمنع انعقاد العقد ولكن يستحق به الفسخ بعد الانعقاد وهذه العقود لا تختمل الفسخ بعد النمام فلا يؤثر فيها الشرط الفاسد ولو كان لرجل على رجل دين حال من ثمن

بيع أو قرض أو غصب فسأله أن يؤخره عنه نجوماً على أن يضمنه له فلان الغائب فصالحه على ذلك فقدم الكفيل فأبى أن يضمن فالصلح منتقض لأن الصلح على التجيم في المال يستمد تمام الرضا وهو ما رضى بذلك إلا بكفالة الكفيل فإذا أبى أن يكفل كان المال حالاً عليه كما كان وإن ضمن الكفيل بعد ما حضر جاز الصلح لتمام الرضا به ولا يشترط حضوره في مجلس الصلح لأنه ليس في هذا العقد من التملك شيء فلا فرق بين أن يتم الرضا به في المجلس وبعد المجلس بخلاف البيع فإنه مال بمال مبني على الضيق فإذا لم يحضر الكفيل في المجلس صار اشتراط كفالته شرطاً فاسداً والبيع يبطل بالشرط الفاسد وهذا لأن البيع لا يجوز أن يتوقف على القبول بعد المجلس فكذلك لا يتوقف صحته على قبول الكفالة المشروط فيه بعد المجلس ولو كان حاضراً فأبى أن يضمن لم يجز الصلح لانعدام تمام الرضا به وإن ضمن فهو جائز وإن اشترط في التأخير أنه إن أخره عن محله فالل مال كله حال أو إن أخر نجماً عن محله عشرة أيام فالل مال كله حال فهو جائز على ما اشترط لأنه ليس في هذا الصلح من معنى التملك شيء وهذا الشرط في الصلح متعارف ولو أعطاه كفيلاً على أن جعل له أجلاً معلوماً كان جائزاً في جميع الديون إلا القرض فإنه حال على الاصيل لأن القرض حق الاصيل كالعارية لا يلزم فيه الاجل وهو مؤجل على الكفيل لأن المال إنما يجب على الكفيل بمقدار الكفالة والدين الواجب بالعقد يقبل الاجل وإذا كفل المريض بمال ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه لأنه الكفالة تبرع وتبرعات المريض تصح من ثلثه إذا لم يكن عليه دين وإن أقر أنه كفل به في الصحة لزمه ذلك في جميع ماله إذا لم يكن لوارث ولا عن وارث لأن الكفالة في الصحة سبب لجوب الدين عليه واقتراره في المرض بسبب وجوب الدين مضافاً إلى حال الصحة يكون اقراراً بالدين واقترار المريض للأجنبي بالدين صحيح وللوارث باطل وإن كان عن وارث فهذا قول من المريض فيه منفعة وارثه والمريض محجور عن مثله وإن كان عليه دين يحيط بماله لم يجز اقراره بذلك لأن دين الصحة متقدم على ما أقر به في المرض فسا بقى دين الصحة لم يعتبر اقراره بالدين في المرض وإذا كفل في الصحة بما أقر به فلان فلان ولم يسمه ثم مرض وعليه دين يحيط بماله فأقر المكفول عنه أن لفان عليه ألف درهم لزم المريض ذلك في جميع ماله لأن سبب وجوب المال قد تم منه في حال الصحة وهو الكفالة والدين الواجب عليه بذلك السبب بمنزلة دين الصحة وكذلك إن أقر بعد موته فإن المقر له يخلص غرماً الكفيل بذلك

لأن أصله كان في الصحة وكان قد لزم على وجهه لا يملك الرجوع عنه وإبطاله وكذلك لو كفل بما ذاب لفلان على فلان أو بما صار له عليه وكذلك لو كان لو ارث أو عن وارث أو لو ارث عن وارث لانه كان في الصحة وهو بمنزلة ضمان الدرك فانه لو كفل في صحته بما أدركه من درك في دار اشتراها ثم استحققت الدار في مرض الكفيل أو بعد موته فإن المشتري يضرب مع غرماء الكفيل الميت بالثمن لأن أصل الدين كان في الصحة بخلاف الكفالة في المرض وإن كفل في المرض وليس عليه دين ثم استدان ديناً يحيط بماله ثم مات فالكفالة باطلة لأن ما لزمه في المرض من الدين بسبب معاین بمنزلة دين الصحة وقد بينا أن الكفالة في المرض لا تصح إذا كان دين الصحة محيطاً بماله وإذا كفل رجل لرجلين وقال قد كفلت لفلان بماله على فلان أو كفلت لفلان الآخر بماله على فلان فهذا باطل سواء كان المالا من جنس واحد أو من جنسين لأن المكفول له والمكفول عنه مجهول فتكون الجهة متفاحشة وقد بينا أن مثل هذه الجهالة تمنع الكفالة ولو كان الحق لرجل واحد على رجلين على كل واحد منهما ألف درهم فتأ كذلت لك بمالك على فلان فهذا جائز سواء كان المالا من جنس واحد أو من جنسين لأن الجهالة هنا يسيرة مستدركة وهي جهالة المكفول عنه ومثل هذه الجهالة لا تؤثر في العقد المبني على التوسع وهذا لأن الطالب معلوم فتتوجه المطالبة من جهته على الكفيل وإنما بقي الخيار في حق الكفيل في أن يؤدي أي المالين شاء ولو كفل عن واحد بأحد المالين جاز فهذا مثله بخلاف الأول فالمطالبة هناك لا تتوجه من المجهول على الكفيل والكفالة بالنفس في هذا مثل الكفالة بالمال وكذلك لو جمع بينهما فقال كفلت لك بنفس فلان فإن لم أوفك به غدا فلي مالك عليه وهو المائة دينار أو بنفس فلان فإن لم أوفك به غدا فلي مالك عليه وهو ألف درهم فلم يواف به غدا فهو ضامن لأحدهما أحد المالين أي ذلك شاء لأن الطالب واحد معلوم وإن دفع أحدهما في ذلك اليوم برئ من الكفالة كلها لأن اشتغاله مدفع أحدهما اختيار منه لكفاله فتبطل عنه كفالاته عن الآخر بهذا الاختيار وقد وجدت الموافقة في حق الذي اختار فيراً من كفالاته أيضاً ولو كان لرجلين لكل واحد منهما على رجل مال فقال رجل لأحدهما كفلت بنفس غريمك فلان فإن لم أوفك به غدا فما لفلان على فلان فهو على جازت الكفالة بالنفس لأنه كفل بها لمعلوم مطلقاً وبطلت الكفالة بالمال لأنها مخاطرة فإن الحق ليس للمكفول له بالنفس وما كان صحة الكفالة بالنفس باعتبار هذا المال لتثبت الكفالة بها

تبعا للكفالة بالنفس فيكون هذا تعليق التزام المال بمحض الشرط وهو باطل كما لو علقه بدخول الدار وكذلك الرجل يقول للرجل كفلت لك بنفس فلان فان لم أوافك به غدا فأنا كفيل بنفس فلان لانسان آخر فالكفالة الثانية باطلة لانها ليست من توابع الكفالة الاولى فيكون تعليقاً لالتزام التسليم بمحض الشرط ولو كانت الكفالة عن واحد فقال كفلت لك بنفس فلان فان لم أوافك به غدا فما لفلان عليه وهو ألف على فرضي بذلك الآخر فالكفالة الاولى جائزة والنيابة باطلة لان صحة الكفالة بالنفس ما كانت باعتبار هذا المال فلا يمكن تصحيح الكفالة بالمال تبعا للكفالة بالنفس ولو قال كفلت لك بنفس فلان أو فلان بماله عليه أو بنفسه فهذا باطل كله لجهالة المكفول له ولو قال كفلت لك بأحد غريميك هذين أو بأحد مالبك على هذين كان جائزا لانه المكفول له والمطالبة تتوجه من جهته والخيار في تعيين ما التزمه الكفيل اليه واذا كفل عن رجل بمال بأمره فرهنه المكفول عنه رهنا به وفاء فهو جائز لان بنفس الكفاله كما وجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل وان كان مؤجلا والرهن بالدين المؤجل صحيح فان هلك الرهن عند الكفيل صار مستوفيا دينه بهلاك الرهن فكانه استوفى حقيقة حتى ادا أدى الكفيل المال لم يرجع به وان اداه الاصيل الى الطالب رجع على الكفيل بمثله بمنزلة مالواستوفاه منه حقيقة ولو كفل عن رجل بألف درهم بأمره على أن يعطيه بها هذا العبد رهنا فوقمت الكفالة بهذا بغير شرط من الكفيل على المكفول له ثم ان المكفول عنه ثبى أن يدفع اليه العبد فن العبد لا يكون رهنا لان الكفيل لم يقبضه والرهن لا يتم الا بالقبض ولا يجبر المكفول عنه على دفعه لان ذلك يكن وعدا من جهته والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم والكفالة لازمة للكفيل لانه التزم المال للطالب بالكفالة المطلقة عند شرط بينهما فان كان الكفيل اشترط على الطالب فقال له أ كفل لك بهذا المال عن فلان على أن رهن به فلان هذا العبد فان لم يدفعه الى فأنا برىء من الكفالة فكفل له على هذا الشرط فهو جائز وان لم يدفع اليه الرهن برىء الكفيل من الكفالة والمال لانه لما رضى بالتزام المال بدون هذا الشرط والتزام المال بالكفالة يعتمد تمام الرضا ولانه شرط البراءة اذا لم يعطه الرهن والشرط أملاك وكذلك لو كفل عنه بالمال على أن يعطيه بذلك المطلوب كفيلا فوقمت الكفالة للطالب على غير شرط ثم ان المكفول عنه أبى أن يعطى الكفيل كفيلا فان الكفالة على الكفيل جائزة وان كان الكفيل شرط على الطالب ان لم يعط كفيلا بهذا المال فأنا برىء من كفالتى فهو على

شرطه ان لم يعطه كفيلا برئ من الكفالة لان الكفالة بمنزلة الرهن وقد بينا في الرهن ان هذا الشرط مع الطالب يجب الوفاء به فكذلك في الكفالة وهذا لان مقصود الكفيل بكل واحد منهما التوثيق والنظر لنفسه حتى لا ياحته غرم وان كتب الكفيل على دار المكفول عنه شراء بالمال فهو جائز لانه شراء بالدين المؤجل وهذا قضاء من المكفول عنه للكفيل بطريق المقاصة فكأنه أوفاه الدين حقيقة ولو كفل بنفس رجل على أنه للكفيل ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم ثم أعطى المكفول عنه رهنا بالمال قبل السنة فالرهن باطل لان المال لم يجب على الكفيل بعد لانه علق التزام المال بشرط عدم الموافاة فلا يكون واجبا قبل الشرط (ألا ترى) انه لو دفع نفسه اليه قبل الاجل لم يكن عليه من المال شيء فان قيل فأين ذهب قولكم ان في كلامه تقديمًا وتأخيرًا أو انه التزم المال ثم جعل الموافاة بنفسه صرفا له عن المال قلنا ذلك طريق صار اليه بمض مشايخنا رحمهم الله لتوجه المطالبة بالمال عند عدم الموافاة بالنفس فأما في الحقيقة فانما يلزمه المال بالتزامه وهو ما التزم المال الا بعد عدم الموافاة بالنفس غدا فلا يكون المال واجبا عليه في الحال ولا يجوز الرهن في الكفالة بالنفس على وجه من الوجوه لان الرهن يختص بحق يمكن استيفاءه من الرهن فان موجبته ثبوت يد الاستيفاء ولا ضمان على المرتهن ان هلك الرهن في يده لانه أخذ رهنا بغير مال وضمن الرهن ضمان استيفاء وذلك لا يكون بدون الدين واذا كفل رجل عن رجل بما لم يحل عليه بعد فقال اذا حل المال فهو على وأعطي المكفول عنه الكفيل رهنا كان جائزا لانه التزم المال بمقد الكفالة وجعل مطالبة الطالب عنه متأخرة الى ما بعد حلول الاجل وذلك غير مانع وجوب أصل المال على الاصيل فكذلك على الكفيل واذا وجب المال على الكفيل وجب للكفيل على المكفول عنه أيضا فيجوز الرهن به . ولو قال ان توى مالك عليه فهو على وأعطاءه بذلك رهنا لم يجز الرهن لان المال لم يجب بعد فانه علق التزام المال بالشرط وكذلك لو قال ان مات ولم يوفك المال فهو على فأعطاه المكفول عنه به رهنا فالرهن باطل لان المال لم يجب بعد والكفالة جائزة على هذا الشرط لانه شرط متعارف في الكفالات . ولو أخذ الكفيل بالدرك رهنا فالرهن باطل والكفالة جائزة لان المال غير واجب على الكفيل قبل لحوق الدرك فلا يكون واجبا على الاصيل فلا يصح الرهن به ولا ضمان على المرتهن فيه لانه قبضه باذن صاحبه وكل ما أبطلنا فيه الرهن بالمال

فكان الرهن في يدى الكفيل حتى يحل عليه المال ويؤخذه فان أراد أن يمسك الرهن بذلك فليس له ذلك لان أصل الرهن لم يكن صحيحا لم يثبت بقبضه يد للاستيفاء فلا يكون له أن يمسكه بعد ذلك وان وجب الدين عليه ولو أجر منه ابلا الى مكة وكفل عنه رجل بالاجر وبالحمولة فأخذ الكفيل منه بذلك رهنا فان الرهن في ذلك جائز لان الكفيل مأخوذ بالكفالة وقد وجبت عليه أما على أصل محمد رحمه الله فلان الاجر بنفس العقد مؤجلا وعند أبي يوسف رحمه الله سبب الوجوب متقرر وان تأخر وجوب المال (ألا ترى) أن الإبراء عنه صحيح فيجوز الرهن به سواء ارتهن من الكفيل أو ارتهن الكفيل من المكفول عنه بخلاف ما سبق ولو أن رجلا أحال على رجل بمال وأعطاه به رهنا جاز لان المال بالحالة يجب للمحتال عليه على المحيل كما يجب للطالب على المحتال عليه وان كان رجوعه عليه يتأخر الى حين أدائه المال واذا ادعى مسلم على كافر مالا وأدى كفالة مسلم بذلك وأقام بينة من الكفار بذلك ثبت المال بهذه البينة على الاصيل دون الكفيل المسلم وشهادة الكفار لا تكون حجة على المسلم وكذلك لو كان أصل المال على كافر فشهد كافران على مسلم وكافر أنهما كفلا عنه بهذا المال وبمضمم كفلاء عن بعض جازت الشهادة على الاصيل وعلى الكفيل الكافر ولا يجوز على الكفيل المسلم لان بعض هذه الكفالة تنفصل عن البعض فانما يقضى بقدر ما قامت الحجة به واذا ادعى مسلم على مسلم مالا وجحد المطلوب وادعى الطالب كفالة رجل من أهل الذمة عنه بالمال بأمره وجحد الكفيل وشهد له بذلك ذميان جازت شهادتهما على الكفيل ولم تجز على المسلم حتى ان الكفيل اذا ادعى لم يكن له أن يرجع على المسلم بشيء لان شهادة الكفار لا تكون حجة على المسلم فكما لا يثبت بهذه الشهادة الدين للطالب على المسلم فكذلك لا يثبت بها أمر الكفيل بالكفالة وكذلك لو كان المال عليهما في الصك والمسلم في صدر الصك والذي كفيل بعده أو كان الصك عليهما وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه لان وجوب المال على أحدهما ينفصل عن وجوب المال على الآخر فانما يقضى القاضى بقدر ما قامت الحجة به وهذه البينة حجة على الكافر دون المسلم واذا كان الدين لرجلين على رجل فكفل أحدهما لشريكه بمحضته عن المطلوب لم يجز من قبل الشركة التى بينهما معناه ان أصل المال كان مشتركا بينهما فلا يمكن أن يجعل هو كفيلاً بنصيب صاحبه خاصة لان ذلك يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولا يمكن أن يجعل كفيلاً بالنصف من المال المشترك بينهما لان هذا

يؤدي الى أن يكون ضامنا نفسه عن نفسه وذلك لا يجوز (ألا ترى) أن أحدهما لو استوفى نصيبه من المطلوب أو من غيره كان للآخر أن يشاركه فيه فكذلك اذا استوفاه من شريكه الكفيل ولا يمكن أن يجعل هو بهذه الكفالة مسقطا حقه في المشاركة معه لان الاسقاط قبل وجوب سبب الوجوب باطل والسبب الموجب للشركة له في المقبوض القبض والكفالة يستحق ذلك فلماذا بطلت الكفالة وليست الكفالة في هذا بمنزلة التبرع بالاداء فان أحد الشريكين لو تبرع بأداء نصيب شريكه عن المدينون جاز لان ذلك اسقاط لحق المشاركة في المقبوض مقترنا بالسبب وهو صحيح وهذا بمنزلة الوكيل بالبيع اذا كفل باليمين عن المشتري للموكل لم يجز ولو ادعى عنه جاز وكذلك لو كفل بنفس انسان بدل الكتابة لا يجوز ولو تبرع بأداء بدل الكتابة عن المكاتب جاز وكذلك لو كان الدين لواحد فمات فورثه ابنه فكفل أحدهما لصاحبه بحصته لان الدين كان مشتركا بينهما أرنا فهو قياس دين مشترك بسبب آخر واذا كان لرجل على رجل ألف درهم كفل بها عنه رجل بأمره أو بغير أمره ثم مات الطالب والمطلوب وارثه لم يكن له على الكفيل شيء لان المطلوب ملك ما في ذمته بالميراث فسقط عنه وبراءته توجب براءة الكفيل فان كان معه وارث آخر للطالب فانما يسقط عن الكفيل حصة المطلوب وللوارث الآخر أن يطالب الكفيل بحصته لانه في حصته قائم مقام الطالب وانما يبرأ الكفيل من كل شيء يبرأ به الاصيل ولو كان احتال بها عليه فكفل بها على أن يبرأ الطالب المطلوب ثم مات الطالب والمطلوب وارثه وكانت الحولة بأمره لم يكن على الكفيل شيء لان المال صار مملوكا للمطلوب بموت الطالب فلو رجع به على الكفيل والاحتال عليه بذلك أيضا لان الحولة والكفالة كانت فاسدة فلا يكون مقيدا بقضاء فان كان بغير أمره رجع بها على المحتال عليه أو الكفيل لانه قائم مقام الطالب بعد موته وهذا رجوع مفيد فان الكفيل والمحتال عليه ان كانا متطوعين هنا لا يستوجبان الرجوع عند الاداء على أحد بشيء وهذا بخلاف الاول فان أصل المال هناك في ذمة المطلوب فهو انما يملك بالارث ما في ذمة نفسه فسقط عنه ولا يرجع الكفيل بشيء سواء كفل بأمره أو بغير أمره وهنا أصل المال تحول الى المحتال عليه فلاصيل انما يملك ما في ذمة غيره فيكون له أن يطالبه به اذا كان ديننا مفيدا واذا كفل الرجل لعبد بدين على رجل وعلى عبده دين فهو جائز لان كسب العبد المدينون لغرمائه فهذه الكفالة في الصورة للعبد وفي المعنى للغرماء والعبد المدينون يستوجب

على مولاه الدين بسائر الاسباب فكذلك بالكفالة فان قضى العبد الدين بطلت الكفالة عن المولى لان كسب العبد صار له ولا يكون كفيلا لنفسه عن نصيبه وكان الدين للعبد على المكفول عنه على حاله يأخذه به لان براءة المولى هنا بمنزلة الفسخ للكفالة فلا توجب براءة الاصيل واذا كفل رجل لرجل بألف درهم ثم مات الطالب والكفيل وارثه برئ الكفيل منه والمال على المكفول عنه على حاله يأخذه به ان كان كفل عنه بأمره وان كان كفل عنه بغير أمره فلا شيء على المكفول عنه أيضا لان المال صار للكفيل ميراثا بموت الطالب فيكون بمنزلة مالو صار له بهية الطالب منه أو بقضائه اياه ولو قضاء أو وهبه له في حياته رجع على المكفول عنه ان كان كفل بأمره وان كان كفل بغير أمره لم يرجع عليه بشيء فهذا مثله وكذلك لو كان الطالب ارضا منه المطلوب على أن ضمنه هذا بأمر المطلوب أو على أن احتال به على هذا ثم مات الطالب والكفيل وارثه كان له أن يأخذ الاصيل بذلك ولو كان ذلك بغير أمر المطلوب لم يرجع عليه بشيء لان تملكه ما في ذمته بالارث بمنزلة تملكه بالاداء واذا كفل العبد بأمر سيده لرجلين بألفين أو ثلاثة آلاف وقيمته ألف درهم ثم استدان ألفا ثم بيع بألف كان ثمنه بينهم يضرب صاحب الكفالة بجميعها لان جميع دينه ثبت على العبد بكفالاته باذن مولاه حين كان فارغا عن الدين فلو كان استدان أولا ألفا وكانت الكفالة بعد ذلك فالثمن للمدين خاصة لان الكفالة منه كانت بعد ما شتلت ماليته بالدين فكفالاته بأمر المولى اقرار للمولى في الفصلين عليه جميعا ولو كان كفل بألف ثم استدان ألفا ثم بيع بألف كانت الالف الوسطى باطلة لانه كفل بها وماليته اشتغلت بالكفالة الاولى وهو بمنزلة مالو أقر المولى عليه بألف درهم ثم استدان ألفا ثم بيع بألف وتام بيان هذه الفصول في كتاب المأذون والله أعلم بالصواب

﴿ ثم كتاب الكفالة والله المنة ﴾

﴿ كتاب الصلح ﴾

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونور الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء علم بأن الصلح عقد جائز عرف جوازه بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (ولا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير) وفي هذا بيان انه

نهاية في الخيرية * وأما السنة فاروى أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة عام الحديبية على وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم المسجد فرأى رجلين يتنازعا في ثوب فقال لأحدهما هل لك إلى الشطر هــل لك إلى الثانيين فدعاهما إلى الصلح وما كان يدعوهما إلا إلى عقد جائز وقال النبي صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما وهكذا كتب علي رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه كل صلح جائز بين الناس إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما وهذا اللفظ من الأول للكتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري قد اشتهر فيما بين الصحابة رضوان الله عليهم فما ذكر فيه فهو كالجميع عليه منهم وبظاهر هذا الاستثناء استدل الشافعي رحمه الله لا بطلان الصلح على الإنكار فانه صلح حرم حلالا لأن المدعى أن كان محقا كان أخذ المال حلالا له قبل الصلح وحرم بالصلح وإن كان مبطلا فقد كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح فهو صلح حرم حلالا وأحل حراما ولكننا نقول ليس المراد هذا فإن الصلح عن الإقرار لا يخلو عن هذا أيضا لأن الصلح في العادة يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل بالصلح فعرفنا أن المراد غير هذا والصلح الذي حرم حلالا وهو أن يصالح إحدى زوجتيه على أن لا يطاء الأخرى أو يصالح زوجته على أن لا يطاء جاريته والصلح الذي أحل حراما هو أن يصالح على خمر أو خنزير وهذا النوع من الصلح باطل عندنا وحمله على هذا أولى لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه (ثم ذكر عن علي كرم الله وجهه) أنه أتى في شيء فقال أنه لجور ولولا أنه صلح لرددته وفيه دليل جواز الصلح ومعنى قوله لجور أي هو مائل عما يقتضيه الحكم أو عما يستقر عليه اجتهادي من حكم الحادثة والجور هو الميل قال الله تعالى ومنها جائز أي مائل وفيه قال أن الصلح على خلاف مقتضى الحكم جائز بين الخصمين لأنه يعتمد التراضي بينهما وبالتراضي ينقصد بينهما السبب الموجب لنقل حق أحدهما إلى الآخر بموضع أو بغير عوض فهذا لم يرد على رضي الله عنه وذكر عن شريح رحمه الله أنه قال أيما امرأة صولحت على ثمنها لم يتبين لها كم ترك زوجها فتلك الرية وفي بعض الروايات الرية ومعنى اللفظ الأول الشك يعني إذا لم يتبين لها كم ترك زوجها فذلك يوقمها في الشك لعل نصيبها أكثر مما أخذت وقوله

الرية تصغير الربا يعنى اذا لم يتبين لها كم ترك زوجها يتمكن في هذا الصلح شبهة الربا بأن يكون نصيبها من جنس ما أخذت من النقد مثل ما أخذت أو فوقيه وفيه دليل انه يجوز للورثة أن يصالحوا بعضهم على شيء يخرجوه بذلك من مزاحمتهم وان جهالة ما يصالح عنه لا يمنع جواز الصلح لان الجهالة انما تفسد العقد لتعذر التسليم معها والمصالح عنه لا يستحق تسليمه بالصلح فجهااته لا تمنع جواز الصلح ثم اذا صولحت المرأة على ثمنها فان كان بعض تركه الزوج ديناً على الناس فصالحوها عن الكل فهو باطل لانها تصير مملكة نصيبها من الدين من سائر الورثة بما تأخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بموض لا يجوز فاذا فسد العقد في حصة الدين فسد في الكل وهو دليل لأبي حنيفة رحمه الله في مسألة البيوع أن العقد الواحد اذا فسد في البعض المقود عليه فسد في الكل وهما يقولان حصة العين هنا من البديل المأخوذ غير معلومة والدين ليس بمال أصلاً ما لم يقبض فلا يكون محلاً للتمليك ببدل فهو كما لو جمع بين حر وعبد في البيع بثن واحد فلماذا يفسد العقد في الكل وان صالحوها من حصتها من العين خاصة وان لم يكن في التركة دين فهو على ثلاثة أوجه أحدها أن يصالحوها على أحد النقدين اما الدراهم أو الدينارين فهو جائز الا أن يكون في التركة من جنس ذلك النقد مقدار ما يكون نصيبها من ذلك الجنس أكثر مما أخذت فينكح لا يجوز لان مبادلة مال الربا بحصته لا يجوز الا بطريق المائلة فان كان نصيبها أكثر مما أخذت كان الفضل في هذا الجنس من نصيبها من سائر التركة ربا وكذلك ان كان نصيبها ثمن هذا الجنس مثل ما أخذت فنصيبها من سائر التركة يكون فضلاً خالياً عن العوض وهو الربا بعينه وان وقع الصلح عن الدراهم والدينارين فذلك جائز وان كان في التركة من النقدين ما يكون نصيبها من كل جنس أكثر مما أخذت بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس فتصحیح العقود بحسب الامكان واجب والصالح أولى بذلك من غيره لان المقصود به قطع المنازعة لما في امتدادها من الفساد والله لا يحب الفساد فان صالحوها على عرض فهو جائز لانه وقع عليه الصلح بنفس مال الربا فسواء كان في التركة من جنس ما وقع عليه الصلح ما يكون نصيبها أكثر مما أخذت أو لم يكن فذلك لا يؤدي الى الربا قال الحاكم رحمه الله انما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من الربا في حال التصادق وقد بينا ذلك في موضع آخر من هذا الكتاب فأما حال المناكحة فالصلح جائز لان مع الانكار ليس لها حق مستقر وفي ذلك الجنس أكثر

مما أخذت وعند الإنكار المعطى يؤدي المال لقطع المنازعة والخصومة ويفدى به يمينه فلا
 يتمكن فيه الربا على ما يدينه وذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال ردوا الخوصوم حتى
 يصطالحوا فإن فصل القضاء يحدث بينهم الضمائم وفيه دليل أن القاضي لا ينبغي له أن يجعل
 وانه مندوب إلى أن يرد الخوصوم ليصطالحوا على شيء ويدعوهم إلى ذلك فالفصل بطريق
 الصلح يكون أقرب إلى بقاء المودة والتحرز عن النفرة بين المسلمين ولكن هذا قبل أن
 يستبين وجه القضاء فأما بعد ما استبان ذلك فلا يفعله إلا برضا الخصمين ولا يفعله لامرأة
 أو مرتين لما في الإطالة من الأضرار بمن ثبت الاستحقاق له في تأخير حقه ولأن لك يجر
 إليه تهمة الميل وعلى القاضي أن يتحرز عن ذلك بما يقدر عليه وعن عمرو بن دينار أن إحدى نساء
 عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن يخرجوها من الميراث
 وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلف الصحابة رضوان الله عليهم في ميراثها منه ثم
 صالحوها على الشطر وكان له أربع نسوة فخطها ربع الثمن وهو جزء من اثنين وثلاثين جزءاً
 فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة
 وثمانين ألفاً ولم يشر لذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانون ألف دينار
 فهذا دليل ثروة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ويساره وكان قد قسم لله تعالى ماله
 أربع مرات في حياته تصدق في كل بالنصف وأمسك النصف فهو دليل على أنه لا بأس بجمع
 المال واكتساب النفي من حله فابن عوف من الصحابة العشرة الذين شهد لهم رسول الله
 صلى الله عليه وسلم بالجنة وأيد هذا القول قوله صلى الله عليه وسلم نعم المال الصالح للرجل
 الصالح ولكن مع هذا ترك الجمع والاستكثار وانفاق المال في سبيل الله تعالى أولى وهو
 الطريق الذي اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه بقوله صلى الله عليه وسلم اللهم
 أبنني مسكيناً وامتنني مسكيناً واحشرني في زمرة المساكين وفي حديث عبد الرحمن رضي الله عنه
 ما يدل عليه فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال له ما أبطأك عني يا عبد الرحمن قال وما ذاك يا رسول
 الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أمك آخر أصحابي لحوقاً بي بعد القيامة وأقول أين كنت
 فقول منعي عنك المال كنت محبوساً ما تخلصت إليك حتى الآن وذكر عن ابن عباس
 رضي الله عنهما قال يتخارج أهل الميراث يعني يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح وذلك جائز
 لما فيه من تيسير القسمة عليهم فانهم لو اشتغلوا بقسمة الكل على جميع الورثة ربما يشق

عليهم ويدق الحساب أو تتعذر القسمة في البعض كالجوهرة النفيسة ونحوها فإذا أخرجوا
البعض بطريق الصلح تيسر على الباقيين قسمة ما بقي بينهم فجاز الصلح لذلك وعن محمد بن سيرين
رحمه الله قال ما رأيت شريحا رحمه الله أصلح بين الخصمين إلا امرأة استودعت وديعة
فاحترق بيتها فناولتها جارة لها فضاغت فأصلح بينهما على مائة وثمانين درهما وفيه بيان أنه
كان من عادة شريح رحمه الله الاشتغال بطلب الحجة التي يفصل الحكم بها وما كان يباشر
الصلح بين الخصمين بنفسه وكان يقول إنما حبس القاضي لفصل القضاء ولأجله تقدم إليه
الخصمان وللصلح غير القاضي فينبغي للقاضي أن يشتغل بما تمين له ويدع الصلح لغيره إلا أنه
في هذه الحادثة لا جيل الاشتباه وتعارض الأدلة دعاها إلى الصلح فإن المودع إذا وقع
الحريق في بيته فناول الوديعة جارا نه كان ضامنا في القياس وفي الاستحسان لا يكون ضامنا
لأن الدفع إلى الغير في هذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف النص فإن المودع أمره
بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع إلى الغير فهذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف
النص فإن المودع أمره بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع إلى أجنبي فلاشتباه الأدلة أصلح
بينهما على مال وذكر هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنهما أن بريرة رضي
الله عنها أتتها تسألها فقالت إن شئت عدتها لاهلك عدة واحدة وأعتقتك فذكر ذلك
لأهلها فقالوا لا إلا أن يكون الولاء لنا فذكر ذلك عائشة رضي الله عنها لرسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال صلوات الله عليه وسلامه الولاء لمن أعتق فاشتريها واعتيقها وخطب رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقال ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى
شروط الله أوثق وكتاب الله أحق وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة
شرط ما بال أقوام يقول أحدهم أعتق يا فلان والولاء لي وإنما الولاء لمن أعتق وقد تقدم
بيان فوائد هذا الحديث في كتاب الولاء وإنما ذكرناه هنا ليتبين أن الزيادة التي تؤدي أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال لها اشترى واشترط لي فأنما الولاء لمن أعتق وهم من هشام بن عروة
كما ذكره أبو يوسف رحمه الله في الأمالي فإن ذلك من الضرر وما كان لرسول الله صلى الله
عليه وسلم يأمر أحدا بالغرور ومقصوده من إيراد الحديث هنا بيان أنه يجوز بطريق الصلح
والتراضي مالا يجوز بدونه فإن بريرة رضي الله عنها كانت مكاتبه وقد اشترتها عائشة رضي الله
عنها برضاها لولا ذلك ما جاز شراؤها وفيه دليل أنه إنما يجوز أن يشترط في الصلح مالا يكون

بخالفاً لحكم الله تعالى فأما الذي يكون مخالفاً لحكم الله تعالى لا يجوز اشتهراطه في الصلح لقوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط معناه ليس في حكم الله تعالى فالمراد بالكتاب الحكم كما قال الله تعالى كتاب الله عليكم وذكر عن علي كرم الله وجهه أنه أتاه رجلان يختصمان في بفل فجاء أحدهما بخمسة رجال فشهدوا أنه انتجبه وجاء الآخر بشاهدين شهدا أنه انتجبه فقال علي كرم الله وجهه للقوم ماترون فقالوا افرض لاكثرهما شهوداً فقال علي رضي الله عنه لعل الشاهدين خير من الخمسة ثم قال علي رضي الله عنه فيها قضاء وصلاح وسأبثكم بذلك أما الصلح فإنه يقسم بينهما على عدد الشهود وأما القضاء فيحلف أحدهما ويأخذ البفل فإن تشاحا على اليمين أقرعت بينهما بخمسة أسهم ولهذا سهمين فأبهما خرج سهمه استخلفته وغلظت عليه اليمين ويأخذ البفل وفي هذا دليل على أن البينة على التنازع مقبولة في الحيوان وإن القاضي يذبح له عند الاشتباه إن يستشير جلساءه كما فعله علي رضي الله عنه ثم أشاروا عليه بالقضاء لاكثرهما شهوداً لنوع من الظاهر وهو أن طمأنينة القلب إلى قول الخمسة أكثر من طمأنينة القلب إلى المثني وردد علي رضي الله عنه ذلك عليهم لفقه خفي وهو أن طمأنينة القلب باعتبار معنى العدالة فلذلك ترجح جانب الصدق في الخبر ولعل الشاهدين في ذلك خير من الخمسة ثم الترجيح عند التعارض يكون بقوة الدالة لا بكمرة الدالة وفي حق من أقام خمسة زيادة عدد في الدالة فشهادة كل شاهدين حجة تامة يثبت الاستحقاق بها والترجيح بما لا يثبت الاستحقاق به ابتداءً فأما ما يثبت به ابتداءً الاستحقاق لا يقع الترجيح به فلذلك لم يرجح أكثرهما شهوداً ثم قال فيها قضاء وصلاح وهو دليل على أن الصلح جائز على غير الوجه الذي يقتضيه الحكم وإن الصلح بين الخصمين مع الإنكار جائز ثم بين وجه الصلح وهو أن يكون بينهما على عدد الشهود لأحدهما خمسة أسباعه وللآخر سباعه وكان به اعتبار هذا الظاهر الذي أشار إليه القوم ولكن لما كان لا يؤخذ به إلا عند اتفاق الخصمين عليه ساء صاحبا وأما القضاء لأحدهما بأخذ البفل فهذا مذهب لعل رضي الله عنه فقد كان يستحلف المدعي مع البينة وكان يخاف الشاهد والراوى فكانه جعل يمين أحدهما مرجحة لجانبه باعتبار أن الاستحقاق باليمين لا يثبت ابتداءً فيقع الترجيح بها كقرابة الأم في استحقاق المصوبة فإن الأخ لأب وأم يقدم في المصوبة على الأخ لأب لأن المصوبة لا تثبت بقرابة الأم ابتداءً فتقوى بها عليه المصوبة على الأخ لأب ولنا تأخذ بهذا فقد ثبت

عندنا انه لا معتبر بيمين المدعى وقد قررنا ذلك فيما سبق ثم قال فان أداها على اليمين أقرعت بينهما لهذا بخمسة ولهذا بسهمين وهو عود منه الى وجه الصلح وبهذا يستدل الشافعي رحمه الله في استعمال القرعة عند تعارض الحجج في دعوى الملك ولسنا نأخذ بهذا لانه في معنى القمار ففيه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وانما يستعمل القرعة عندنا فيما يجوز الفصل فيه من غير اقراع وقد بناه في كتاب القسمة وحكم الحادثة عندنا أن يقضى بالمدعى بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة وقد بينا ذلك في كتاب الدعوى وروينا فيه من الاثر والمعنى ما يكون الاخذ به أولى من الاخذ بقول على رضي الله عنه فانه بناء على مذهبه الذي تفرد به وهو انسحلاف المدعي مع الحجة والامة قد اجتمعت على خلافه والله أعلم بالصواب

باب الصلح في المقار

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل دارا في يد رجل فأنكرها الذي هي في يديه ثم صالحه على دراهم أو دنانير مسماة فهو جائز * واعلم بأن الصلح أنواع ثلاثة صلح بعد الاقرار و صلح بعد الانكار و صلح مع السكوت بأن لم يجب المدعى عليه بالاقرار ولا بالانكار ويجوز مع الانكار وقال الشافعي رحمه الله يجوز الصلح مع الاقرار والسكوت ولا يجوز مع الانكار وقال الشافعي رحمه الله يجوز الصلح مع الاقرار ولا يجوز مع الانكار والسكوت وكان الشيخ أبو منصور الماتريدي رحمه الله يقول لم يعمل الشيطان في ايقاع العداوة والبغضاء بين المسلمين مثل من عمل في ابطال الصلح على الانكار لما في ذلك من امتداد المنازعات بين الناس ولسنا نأخذ بهذا فنأبطل ذلك انما أبطله احتياطا للتحرز عن الحرام وللرشوة والاعمال بالبينات وانما نقول كما قال أبو حنيفة رحمه الله أجود ما يكون الصلح على الانكار وأما الشافعي رحمه الله فانه استدل بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) والصلح على الانكار لا يكون إلا بالتجارة عن تراض فذلك يثبت على ثبوت ملك المدعى على المدعي وبدعواه لا يثبت ذلك مع انكار المدعى عليه فكان كل المال بالباطل وهو المعنى في المسئلة فانه يأخذ المال بطريق الرشوة والرشوة حرام وبالصلح لا يحل ما هو حرام وقاس بصلح الشفيع مع المشتري بمال يأخذه ليسلم الشفعة أو يصلح القاتل مع الانكار ليقبضه منه الولي بمال يعطيه ويصلح

معروف النسب مع مدعي الرق على ما ليس شرقة وبيان الوصف أن بدل الصلح اما أن يكون عوضا عن المال أو عن الدعوى والخصومة أو عن اليمين ولا يجوز أن يجعل عوضا عن المدعى لان مجرد الدعوى لا يثبت الملك في المدعى للمدعى قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث * والدليل عليه أنه لو استحق بدل الصلح لا يرجع بالمال المدعى ولكن يعود على رأس الدعوى ولو كان المال بدلا عن المدعى لكان يعود به عند الاستحقاق كما لو كان الصلح بعد الاقرار ولو كان المصالح عنه دارا لا يجب للشفيع فيها الشفعة أو كان المال بدلا عن المدعى والخصومة لان ذلك ليس بمال فلا يجوز الاعتياض عنه بالمال ولانه كما لا يستحق بنفس الدعوى أخذ المال المدعى فكذلك لا يستحق أخذ المال بطريق الصلح ولا جائز أن يكون بدلا عن اليمين لان اليمين مشروعة لقطع الخصومة فلا يجوز الاعتياض عنها بالمال كالودع اذا ادعى رد الوديعة أو هلاكما كان القول قوله مع اليمين ولو صالح من هذه اليمين على ما كان باطلا فمرفنا أن المدعى عليه انما يبذل المال ليدفع به أذى المدعى عن نفسه والمدعى يأخذ المال ليكف عن الخصومة معه بنفي حجة وخصومته بنفي حجة ظلم منه شرعا وأخذ المال ليكف عن الظلم رشوة فيكون حراما لقوله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرثى في النار ولقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرثى والرائش وبنحو هذا يستدل ابن أبي ليلى رحمه الله الا أنه يقول المدعى بنفس الدعوى يصير حقا للمدعى ما لم يعارضه المدعى عليه بانكاره (ألا ترى) انه لو لم ينازعه في ذلك لتمكن من أخذه وهذا لان الدعوى خبر محتمل بين الصدق والكذب ولكن الصدق يترجح فيه من حيث ان دينه وعقله يدعوانه الى الصدق ويمنانه من الكذب الا أن المدعى عليه اذا عارضه بانكاره فانكاره أيضا محتمل بين الصدق والكذب فلنحقق المعارضة تخرج دعواه من أن تكون موجبة للاستحقاق ما لم يظهر الترجيح في جانبه بالبينه واذا كان المدعى عليه ساكتا فالمعارض لم يوجد فتبقى دعوى المدعى معتبرة في الاستحقاق فلماذا يجوز الصلح في هذه الحال فأما بعد المعارضة بالانكار لم يبق للدعوى سبب الاستحقاق فأخذ المال بطريق الصلح يكون رشوة وأصحابنا رحمهم الله استدلوا في ذلك بظاهر قوله تعالى والصلح خير فالتقييد بحال الاقرار يكون زيادة على النص المتأني فيه أن المدعى أحد الخصمين في دعوى اليمين لنفسه فيجوز له أن يأخذ المال بطريق الصلح من صاحبه كالمدعى عليه فانه لو وقع الصلح بينهما على أن يسلم العين الى المدعى بمال

يأخذه منه جاز ذلك بالاتفاق وتأثيره ان كل واحد منهما يدعى العين لنفسه وخبره في حقه محمول على الصدق وانما لا يكون حجة على خصمه ثم المدعى عليه انما يأخذ المال بطريق الصلح باعتبار قوله ان العين لي وانى أملكه من المدعى بما استوفى منه لا باعتبار يده (الآثرى) أن المودع باعتبار يده بدون هذا القول لا يأخذ العوض عن الوديعة من المودع والمدعى قد وجد منه القول مثل ما وجد من المدعى عليه فكما يجوز للمدعى عليه أن يأخذ المال صلحا باعتبار قوله فكذلك يجوز للمدعى وفي هذا بيان أن المال عوض من المدعى في حق من يأخذه فان كانت قد انقطعت الخصومة في حق صاحبه ومثله جائز كمن اشترى عبدا أقر بحريته فما يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة في حق البائع وهذا فداء في حق المشتري حتى يمتق العبد فهذا مثله ولان الصلح مع الانكار ابراء بموض ولو أبرأه بغير عوض صح ذلك فكذلك اذا أبرأه بموض كما لو صالح بعد الاقرار ومعنى ذلك أن المدعى يسقط حقه عن المال المدعى دينا كان أو عيناً ثم انكار المدعى عليه لا يمنع صحة ابرائه بغير عوض حتى لو أبرأه عن الدين ثم أقر المدعى عليه بأنه كان واجبا كان ابراء صحيحا وهذا لان ابراء اسقاط والاستقاط يتم بالمسقط وحده وانما يحتاج الى مراعات الجانب الآخر في التملكات فأما في الاستقاطات فلا كاطلاق والعتاق وهذا لان المسقط يكون متلاشيا ولا يكون داخلا في ملك أحد ولهذا صح ابراء عن الدين قبل قبول المدين وان كان يرتد رده لتضمنه معنى التملك ولكن ذاك تبع وانما يعتبر ما هو المقصود وهو الاسقاط فشرط صحته ثبوت الحق في جانب المسقط وذاك ثابت بخبره وانما لم يحمل الدعوى سببا للاستحقاق على الغير ثم بنفس الدعوى يستحق الجواب والحضور على المدعى عليه ويستحق اليمين بعد المعارضة بالانكار حتى يستوفى بطلبه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لك يمينه فمر فذا ان جانب الصدق ترجح في حقه قبل المعارضة بالانكار وبعد المعارضة وانما لا يعطى نفس الدعوى المال المدعى لما قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث فاذا ترجح معنى الصدق في حقه ثبت الحق في جانبه فيملك التصرف فيه بالاسقاط وهذا النوع من الاسقاط مما يجوز أخذ العوض عنه كما بعد الاقرار فيأخذ المال بطريق الصلح عوضا عن اسقاط حق ثابت في حقه والمدعى عليه ليس بتملك شيئا فلا يشترط ظهور الحق في جانبه (الآثرى) أن الزوج اذا خالم امرأته على مال مع أجنبي ضمنه أو من له القصاص اذا صالح مع أجنبي

على مال ضمنه يصح ذلك ويستحق المال عوضا عن الاسقاط وان كان من يعطى المال لا يملك به شيئا وأظهر من هذا كله صلح الفضولي فانه لو قال للمدعي ان المدعى عليه قد أقر معى سرا وأنت محق في دعواك فصالحنى على كذا من المال وضمن له ذلك فصالحه صلح الصالح بالاتفاق ومعلوم أن باقراره لا يثبت المال على المدعى عليه وانما صلح هذا الصالح بطريق الاسقاط لظهور الحق في جانب المدعي دون المدعى عليه فكذلك اذا صالح مع المدعي عليه بل أولى لان المدعي عليه ينتفع بهذا الصلح والفضولي لا ينتفع به ووجوب المال عوضا عن الاسقاط على من ينتفع به أسرع ثبوتا منه على من لا ينتفع به (الأنزى) انه لو خالغ امرأته على مال وجب المال عليها وان لم يضمن بخلاف ما لو كان الخلع مع أجنبي (يقرره) أن الفضولي لا يملك بهذا الصلح شيئا ثم يلزمه دفع المال عوضا عن الاسقاط فكذلك المدعى عليه اذا كان منكرا فهو لا يملك بهذا الصلح شيئا ولكن يلزمه دفع المال عوضا عن الاسقاط كما لو التزمه وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان بدل الصلح كالمقر به يكون عوضا عن المدعى عليه ويصير المدعى عليه بالاقدام على الصلح كالمقر به لان القاضى يقول له أى ضرورة أجبأتك الى الصلح وكان من حقك أن ترفع الامر الى لا منع ظلمه عنك فلما اخترت الصلح صرت كالمقر لما ادعى ولكن هذا اقرار ثبت ضمنا للصلح فاذا بطل الصلح بالاستحقاق يبطل ما كان في ضمنه كالوصية بالمحابة لما ثبت ضمنا للبيع يبطل بطلان البيع فلهذا يعود على رأس الدعوى ولما كان هذا الاقرار في ضمن الصلح لا يظهر حكمه في غير عقد الصلح واستحقاق الدعوى بالشفعة حكم وراء ذلك فلا يظهر في حقه كما لو كان الصلح مع فضولي ومنهم من يقول المدعى يستحق المال عوضا في حقه عن المدعى فأما في حق المدعى عليه فانه قد التمسه لان اليمين حق للمدعى قبله مستحق الهلاك على ما بيناه في الدعوى فيكون بمنزلة القصاص والعفو عن القصاص على مال يأخذه صحيح فكذلك فداء المال باليمين صحيح نص عليه في الجامع الصغير قال ولو فدى يمينه بعشرة دراهم يجوز وذلك مروى عن حذيفة رضى الله عنه أن رجلا ادعى عليه مالا وطلب يمينه وقال لا تحلفنى ولك عشرة فأبى فقال لا تحلفنى ولك عشرون فأبى فقال لا تحلفنى ولك ثلاثون فأبى فقال لا تحلفنى ولك أربعون فأبى فخلف ومن هذا وقع في لسان العوام أن اليمين الصادقة يشتري بأربعين درهما فأما المودع اذا ادعى الرد فمحمد رحمه الله يقول بجواز الصلح هناك أيضا فداء اليمين وأبو يوسف رحمه الله لا يجوز ذلك لانه انما استفاد البراءة بمجرد

قوله رددت وهو تسلط على ذلك من جهة المودع وإنما اليمين لنفي التهمة (الأثرى) أنه لو مات قبل أن يحلف كان بريئاً وهنا اليمين حق للمدعى قبل المدعى عليه لمعنى الإهلاك على ما قد قررنا فيجوز أخذ العوض عنها وبهذا يتبين أن هذا ليس بأكل المال بالباطل ولكنه بمنزلة التجارة عن تراض على أحد الطرفين وهو ثبوت الاقرار في ضمن الصالح وعلى الطريق الآخر هو ليس بتجارة عن تراض ولا أكل بالباطل ولكنه بذل مقيد بمنزلة الهبة والصدقة ونحوهما وفي الحقيقة الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله ينبنى على الإبراء عن الحقوق المجهولة بموض وهو لا يجوز عنده لأن معنى التملك يوجب في الصالح فيكون كالبيع وجهالة المبيع تمنع صحة البيع فكذلك جهالة المصالح عنه وعندنا ذلك جائز بموض وبغير عوض واعتمادنا فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث خالدًا إلى بني جذيمة داعياً لامتثالهم وبلغه ما صنع خالد أعطى علياً رضي الله عنه مالا وقال أنت هؤلاء القوم واجمل أمر الجاهلية تحت قدميك وأدهم كل نفس ذا مال فأتاهم علي رضي الله عنه ووداهم حتى मिलت الكلب فبقى في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمونه أنتم ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه أصبت وأحسنتم فذلك تنصيص على جواز الإبراء عن الحقوق المجهولة بموض وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للرجلين اللذين اختصما إليه اذهبا تحريا وأقرا وتوخيا واستهما ثم ليحل كل واحد منكما صاحبه وهذا إبراء عن الحق المجهول والدليل عليه أن الجهالة إنما تؤثر لأنها لا تمنع التسليم والمصالح عنه لا يحتاج فيه إلى التسليم فالجهالة فيه لا تمنع صحة الصلح في بيان قول أبي حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الإنكار قد طعن في هذا اللفظ به بعض الناس وقال الاختلاف في الصلح على الإنكار اختلاف ظاهر فكيف يكون المختلف فيه أجوز من المتفق عليه ولسكننا نقول مراده أنه أنفذ وألزم فالصلح مع الاقرار يفسد بأسباب لا يفسد الصلح مع الإنكار بذلك السبب أو مراده أنه أكثر ما يكون بين الناس لأنه إذا وقع الاقرار استوفى المدعى حقه فلا حاجة إلى الصلح وإنما الحاجة إلى ذلك عند الإنكار ليتوصل به المدعى إلى بعض حقه أو مراده أن ثمرة الصلح قطع المنازعة وذلك عند الإنكار أظهر لأن مع الاقرار لا تمتد المنازعة بينهما والعقد الذي يفيد ثمرته يكون أقرب إلى الجواز مما لا يكون مفيداً لثمرته ثم الصلح على الاقرار تملك مال بمال فيكون يما

وهذا العقد يختص باسم فلا بد لاختصاصه بالاسم من أن يكون مختصا بحكم وذلك الحكم لا يكون الا جوازه مع الانكار فهو معنى كلام أبي حنيفة رحمه الله ثم اعلم بأن ما وقع عليه الصالح يكون عوضا من المدعي في حق المدعي بمنزلة العوض في البيع فكل ما يصلح أن يكون عوضا في البيع يصلح أن يكون عوضا في الصالح وقد بدا ذلك في البيوع والمصالح عليه يحتاج الى قبضه فلا بد من اعلامه على وجه لا تبقى فيه منازعة بينهما ولهذا لا يثبت الحيوان فيه دين في الذمة ولا يثبت الثياب فيه دين الا موصوفا مؤجلا كما في البيع والمصالح عليه اذا كان عينا لا يجوز التأجيل فيه كما في البيع لا يجوز التأجيل في الدين ثم الصالح عقد هو فرع فيعتبر بنظائره مما هو أصل حتى اذا كان على دين في الذمة فحكمه حكم الدين في البيع وان كان على غير دين فحكمه حكم البيع واذا كان على منفعة فحكمه حكم الاجارة وكل منفعة يجوز استحقاقها بمقدار الاجارة يجوز استحقاقها بالصالح وما لا فلا حتى اذا صالح على سكنى ثبت بعينه الى مدة معلومة يجوز وان قال أبدا أو حتى يموت لم يحز وكذلك ان صالح على أن يزرع له أرضا بعينها سنين مسماة يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الاجارة ولو كان لرجل ظلة أو كتف شارع على طريق نافذ فخاصمه رجل فيه وأراد طرحه فصالحه من ذلك على عشرة دراهم كان الصالح باطلا وبخاصمه في طرحه متى شاء لان هذا الطريق النافذ حق جماعة المسلمين فلا يمكن واحد منهم أن يعتاض عنه شيئا فصاحب الظلة لا يستفيد بهذا الصالح حق الاقرار لان لكل مسلم أن يخاصمه في طرحه والذي خاصمه كان محتسبا في ذلك فارتشى لترك الحسبة وذلك حرام وهذا لان من أصل أبي حنيفة رحمه الله ان لكل مسلم أن يمنع من وضع الظلة على طريق المسلمين وأن يطلب الرفع بمقدار الوضع سواء كان فيه ضرر أولا ضرر فيه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان فيه ضرر فكذلك الجواب وان لم يكن فيه ضرر فكل مسلم حق المنع في الابتداء وليس له أن يخاصم في الرفع بمقدار الوضع لانه قاصد الى الاضرار بصاحب الظلة غير دافع الضرر عن المسلمين وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله لا يمنع في الابتداء اذا لم يكن فيه ضرر كما لا يرفع بعد الوضع وأبو حنيفة رحمه الله يقول الطريق مشترك بين جميع الناس وكل واحد منهم بمنزلة الشريك في الطريق الخاص فكما لا يعتبر هناك الضرر في ثبوت حق المنع والرفع فكذلك هنا ولو كان على طريق غير نافذ فخاصمه رجل من أهل الطريق وصالحه على دراهم مسماة كان جائزا لان شركة

أصحاب الطريق شركة ملك ولهذا يستحقون به الشفعة فهذا المصالح ملك نصيبه من صاحب الظلة وتمليك ما هو مملوك له بعوض صحيح فإن قيل صاحب الظلة لا يستفيد بهذا الصلح شيئا لأن لسائر الشركاء أن يخاصموه في الطريق قلنا لا كذلك بل يستفيد من حيث أن سائر الشركاء لو صالحوه أيضا لم يكن له أن يخاصمه في الطريق وهذا لأنه بالصلح يملك نصيبه فيصير كأحد الشركاء في وضع الظلة على هذه الطريق حتى إذا رضى شركاؤه بذلك كان له حق قرار الظلة وبعض المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله كان يقول تأويل هذه المسئلة أن الظلة على ما هي على الطريق فالمصالح يصير مملكا نصيبه من وضع أصل البناء وذلك جائز فأما إذا لم يكن كذلك فينبغي أن لا يجوز لأنه يصير مملكا نصيبه من هواء الطريق وتمليك الهواء بعوض لا يجوز والأصح هو الأول لأن هواء الطريق الخاص مشترك بينهم كأصل الطريق واسقاط الحق عن نصيبه من هواء الطريق بعوض صحيح كما يصح اسقاط الحق فيه بتغير عوض ولو صالحه على مائة درهم على أن يطرح الظلة عن هذا الطريق كان جائزا لأن فيه منفعة لاهل الطريق فكان المفيد للمال صالح عن نفسه ليوصل المنفعة اليهم بإزالة الشاغل عن هواء طريقهم وذلك جائز وتأويل هذا أن الظلة كانت على بناء مبني على الطريق وصاحب الظلة يدعي ملك ذلك الوضع لنفسه أو يدعي حق قرار الظلة بسبب صحيح فسقط حقه بما يأخذ من المال بطريق الصلح على الإنكار وذلك جائز من أحد الشركاء عن نفسه وعن أصحابه بطريق التبرع كصلح الفضولي ولو ادعى حقا في دار في يد رجل فصالحه من ذلك على خدمة عبد بعينه شهرا فهو جائز لأن المصالح عليه مقدور التسليم معلوم فإن مات العبد قبل أن يخدمه بطل الصلح لتحقق فوات المعقود عليه لا على عوض فيعود على رأس الدعوى وإن مات بعد ما خدمه نصف الشهر كان على دعواه في النصف اعتبارا للبعث بالكل ولو قتله أجنبي فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يبطل الصلح ولكن للمدعي الخيار أن شاء أبطل الصلح وعاد على رأس الدعوى وإن شاء أمضى الصلح واشترى له بالقيمة عبدا آخر ليعلمه وقال محمد رحمه الله الصلح باطل وجه قوله أن الصلح على المنفعة بمنزلة الاجارة ولو قتل العبد المستأجر بطل عقد الاجارة فكذلك إذا قتل العبد الذي وقع الصلح على خدمته وهذا لأن حق المصالح في المنفعة والقيمة الواجبة على القاتل بدل العين لا بدل المنفعة فقد فوات المعقود عليه لا إلى عوض وهو نظير موت العبد ولأن الصلح عقد محتمل للفسخ ودفع الضرر عن

المدعي ممكن بالاعادة الى رأس الدعوي فلا حاجة بنا الى أن نقيم بدل العين مقام بدل المنفعة في ايفاء هذا العقد بخلاف الوصية فان العبد الموصى بخدمته اذا قتل لا تبطل الوصية لان دفع الضرر عن الموصى له هناك غير ممكن باعادة عوضه اليه فلجل الضرورة أقنا بدل العين مقام بدل المنفعة ولان العبد من وجه كأنه موصى به ولهذا يعتبر خروجه من الثلث وأبو يوسف رحمه الله يقول المصالح ملك المنفعة بمقد يجوز أن يملك به العين فاذا هلكت العين وأخلقت بدلا لا يبطل الصلح كالعبد الموصى بخدمته اذا قتل لا تبطل الوصية ولكن يشتري بقيته عبدا آخر ليعمل الموصى له بخلاف الاجارة وهي ملك المنفعة بمقد لا يجوز ان تملك به العين فلا يمكن اقامة بدل العين هناك مقام بدل المنفعة في الاستحقاق بحكم ذلك العقد واذا كان العقد بحيث يجوز أن يملك به العين يمكن اقامة بدل العين فيه مقام بدل المنفعة في ايفاء العقد ثم الصلح على الانكار في معنى الوصية لانه ليس بازاء المنفعة بدل يستقر وجوبه باستيفاء المنفعة كما في الوصية بخلاف الاجارة فان قيل كيف يستقيم هذا والمصالح هناك له أن يؤاجر العبد من غيره وفي الوصية الموصى له بالخدمة لا يملك أن يؤجره من غيره قلنا انما ملك ذلك لان الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى وهو يزعم انه ملك المنفعة بعوض فالصلح على الانكار بمنزلة عقد المفاوضة فاذا تملك المنفعة به ملك أن يؤجره من غيره وان كان لا يستقر وجوب البذل باستيفاء المنفعة كما اذا ملك المنفعة بالخلع أو النكاح أو الصلح عن القود * توضيحه ان هذا العقد من وجه يشبه الاجارة وهو ان المنفعة تملك بعوض ومن وجه يشبه الوصية وهو ان باستيفاء المنفعة لا يستقر وجوب عوض فلهذه بالاجارة قلنا يملك أن يؤجره من غيره ولشبهه بالوصية قلنا لا يبطل بالقتل وتقوم قيمته مقام عينه لان المقصود بهذا العقد قطع المنازعة بينهما وذلك واجب بحسب الامكان ابتداء وبقاء لما في امتدادها من الفساد وانما أثبت الخيار للمدعى لحصول التغير لافي ضمانه فالمنفعة لا تدخل في ضمانه قبل الاستيفاء وعلى هذا لو كان القاتل هو المدعى عليه تجب القيمة أيضا لانه وان كان مالكا للعبد فالمصالح قد صار أحق به منه فهو في وجوب القيمة عليه بالقتل كأجنبي آخر عند أبي يوسف رحمه الله كالراهن اذا قتل المرهون أو الوارث اذا قتل العبد الموصى بخدمته وان كان المصالح هو الذي قتل العبد فهو على الخلاف أيضا لانه أجنبي من الرقبة فيلزمه من القيمة بالقتل ما يلزم غيره واختلف مشايخنا رحمهم الله في ثبوت الخيار للمصالح في هذا الفصل عند

أبى يوسف رحمه الله فمنهم من يقول يثبت كما اذا قتله أجنبي آخر والا وجه أن لا يثبت لان
التغيير حصل بفعله هنا وهو راض بفعله لا محالة وهذا على أصل أبى يوسف رحمه الله مستقيم
فقد قال اذا جنى البائع على المبيع وهو فى يد المشتري فهو غير ثابت لا محالة وهذا على أصل أبى
يوسف رحمه الله لا يسقط به خيار المشتري بخلاف ما اذا جنى عليه غيره وعلى هذا لو صالحه
على لبس هذا الثوب شهرا أو على أن يركب دابته هذه الى بغداد فان هذه منفعة يجوز
استحقاقها بالاجارة والوصية فكذلك بالصلح فان مات المدعى أو المدعى عليه وقد استوفى
نصف المنفعة فانه يبطل الصلح بقدر ما بقي ويرجع فى دعواه بقدره وهذا فى قول محمد رحمه
الله بناء على أصله ان الصلح على المنفعة كالاجارة والاجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين وهذا
لانه ان مات المدعى فلو أبقينا الصلح أدى الى توريث المنفعة والمنفعة لا يجرى فيها الارث
(الأتري) أن الموصى له بالخدمة اذا مات لا يخلفه وارثه فى استيفاء المنفعة وأكثر ما فيه أن
يجعل الصلح كالوصية وان مات المدعى عليه فالعين صارت لوارثه والمنفعة بعد ذلك تحدث على
ملكه ويستحق عليه منفعة ملكه بغير رضاه فأما عند أبى يوسف رحمه الله فان مات المدعى
عليه لم يبطل الصلح وان مات المدعى فى سكنى الدار وخدمة العبد كذلك الجواب فأما فى لبس
الثوب وركوب الدابة يبطل الصلح وهذا الجواب عنه محفوظ فى الامالى ومن أصحابنا رحمهم
الله من يقول تأويله اذا ادعى عبدا فى يد غيره ثم صالحه على خدمته شهرا أو ادعى بيتا ثم
صالحه على سكنه شهرا فان الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى وفى زعمه انه يستوفى المنفعة
بملكه الاصلى لان يملكها بمقد الصلح بموضع فلا يبطل ذلك بموته ولا بموت المدعى عليه
فأما اذا كان الصلح على خدمة عبد للمدعى عليه فينبغى أن يبطل بموت أحدهما كما ذكره فى
الكتاب مطلقا ومنهم من حقق الخلاف فى الفصول كلها ووجه قول أبى يوسف رحمه الله ما
ذكرنا أن المقصود بالصلح قطع المنازعة وفى ابطال هذا الصلح بموت أحدهما اعادة المنازعة
بينهما فلو جوب التحرز عن ذلك قلنا بأنه يبقى الصلح بعد موت أحدهما لانه ان مات المدعى
عليه فوارثه ينتفع بايفاء هذا الصلح مثل ما كان المورث انتفع به وهو سقوط منازعة المدعى
فلو أبطلنا الصلح ربما لا يتمكن من تحصيل هذه المنفعة لنفسه بخلاف الاجارة وان مات المدعى
فوارثه يقوم مقامه فيما لا يتفاوت الناس فى استيفائه كخدمة العبد وسكنى البيت وربما لا يتمكن
من تحصيل ذلك لنفسه بمقد فابطلنا الصلح فأما فيما يتفاوت الناس فيه كلبس الثوب وركوب

الدابة لا يمكن إقامة الوارث فيه مقام المورث للضرر الذي يلحق المالك فيه ولم يرض بالتزامه
 فلهذا أبطلنا الصلح ويشبه هذا بالمنفعة اذا جعلت بدلا في الخلع أو الصلح من دم العمدة والنكاح
 فانه لا يسقط الحق عنها بموت أحدهما ولكن يستوفى المنفعة أو بدلها بموت المورث على حسب
 ما تكلموا فيه فكذلك هنا وان صالحه على سكنى بيت فانهدم لم يبطل الصلح لان الاصل
 باق والانتفاع به من حيث السكنى ممكن الا أن تمام المنفعة بالبناء فاذا رضى المدعى عليه بأن
 يبنى البيت بماله فيه ليسكنه بقى الصلح بينهما ولكن للمدعى الخيار للتغيير وان شاء أبطل
 الصلح وعاد على دعواه وان شاء أمضى الصلح وهذا قولهم جميعا والجواب في اجارة البيت
 هكذا ولو صالحه من دعواه على كذا كذا ذراعا مسماة من هذه الدار لم يحز في قول أبي حنيفة
 رحمه الله وجاز في قولهما بمنزلة ما اشترى كذا ذراعا من الدار وقد بيناه في التبرع فان الصلح
 على عين يكون بمنزلة البيع وكذلك ان صالحه على كذا كذا جريبا من الارض ولو ادعى أذراعا
 مسماة في الدار فصالحه منها على دراهم مسماة كان جائزا عندهم جميعا لان جهالة المصالح عنه
 لا تمنع صحة الصلح كما لو ادعى حقا في دار ولم يسمه ثم صالح منه على شيء معلوم وهذا لان
 المصالح عنه لا يستحق تسليمه بالمصالح لجهالة لا تفضى الى المنازعة ولو ادعى كل واحد منهما
 في دار في يدي صاحبه حقا ثم اصطاحا على أن يسلم كل واحد منهما لصاحبه ما في يده بغير
 تسمية ولا اقرار فهو جائز لان كل واحد منهما قابض لما شرط له بالصلح فلا حاجة الى
 التسليم والجهالة انما تمنع اذا كانت تفضى الى منازعة مانعة من التسليم ولو ادعى رجل في أرض
 رجل دعوى فصالحه على طعام بعينه مجازفة فهو جائز لان الطعام المعين يجوز بيعه وان لم يكن
 معلوم القدر فكذلك الصلح عليه وكذلك لو صالح على دراهم بعينها بغير ذكر الوارث لان
 مثله يصلح ثمنا في البيع فيصلح بدلا في الصلح أيضا ولو صالحه على عبد بعينه لم يره فهو بالخيار
 اذا رآه لان المصالح عليه اذا كان عينا فهو كالمشترى بطريق البناء على زعم المدعى ولهذا
 يستحق بالشفعة لو كانت دارا ومن اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وكذلك الرد بالعيب
 في الصلح بمنزلة الرد بالعيب في البيع حتى يرد المصالح عليه بالعيب اليسير والفاحش بطريق
 البناء على زعم المدعى واذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة العيب في الدعوى لان رأس ماله في
 حق المدعى عليه هو الدعوى والخصومة فكما ان عند الرد بالعيب يرجع في ذلك فكذلك
 عند تعذر الرد بالعيب من الدعوى ولو استحق نصف العبد من يده كان بالخيار فيما بقى لعيب

التبعض فان رد ما بقي كان على دعواه فان أمسك ما بقي منه كان على نصف دعواه اعتبارا
لاستحقاق البعض بالكل ولو ادعى رجل في دار لرجل دعوى فصالحه عنه آخر بأمره
أو بغير أمره بانكار أو اقرار فان ذلك جائز ولا شيء للمصالح من حقوق المدعى انما يكون
ذلك للذي في يده الدار ولا يجب المال على المصالح الا أن يضمه الذي صالحه لان الصالح
على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك
جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم الا أن الاجنبي ان ضمن المال فهو عليه بالالتزام ولا
يدخل في ملكه بازاء ما التزم شيء لان المسقط يكون متلاشيا ولا يكون داخلا في ملكه
وان لم يلزمه المال بمطلق العقد ولكن ان كان الصالح بأمر المدعى عليه فالمال عليه لان الاجنبي
يعبر عنه (ألا ترى) انه لا يستغنى عن اضافة العقد اليه وان كان بغير اذنه فهو موقوف على
اجازته لان المال لم يجب للمصالح ولا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضاه والمدعى لم يرض
سقوط حقه الا بموض يجب له فيتوقف على رضا المدعى عليه ولو لم يكن في صالح الاجنبي
الا العرف الظاهر وحاجة الناس الى ذلك لان المدعى عليه يتحرز من قبول ذلك مخافة أن
يجرى على لسانه ما هو اقرار لكان هذا كائنا لجواز هذا العقد فان صالحه على عبدينه فوجد
به غيبا فردده أو استحق أو وجد حرا أو مدبرا أو مكاتبا عادى دعواه ولم يكن له على المصالح
شيء لان هذا الصالح لو كان مع المدعى عليه كان يبطل بهذه العوارض ويعود المدعى على
دعواه فكذلك اذا كان مع الاجنبي وهذا لان العقد انفسخ بهذه الاسباب والتزام المصالح
كان بالعقد فاذا انفسخ العقد عاد الحكم الذي كان قبله وهو خصومة المدعى مع المدعى عليه
ولو صالحه على دراهم مسماء وضمنها له فدفعها اليه فاستحققت أو وجد منها زيوفا أو ستوقا
فله أن يرجع بذلك على الذي صالحه دون الذي في يده الدار كما لو كان هذا الصالح مع المدعى
عليه وهذا لان المصالح التزم بالمال بالعقد دينيا في ذمته حين ضمنه وبالرد بهذه الاسباب
ينقض القبض لأصل العقد فيعود الحكم الذي كان قبل القبض وهو انه مطالب بتسليم
المال بسبب التزامه في ذمته ولو صالحه على دراهم وضمنها ثم قال لا تؤديها أجبرته على أن
يؤديها اليه لانه التزم بالضمان والزعيم غارم وشرط على نفسه أن يؤدى المال والوفاء بالشرط
لازم خصوصا اذا كان الشرط في عقد لازم ولو لم يكن ضمنه لم يكن عليه شيء ولكن الصالح
موقوف عليه فان قبل لزمه المال وان رد فالصالح باطل ولو ادعى في دار رجل حقا فصالحه

على دراهم ودفعتها اليه ثم استحققت الدار من يد المدعي عليه كان له أن يرجع بدراهمه لان هذا الصالح مبني على زعم المدعي وفي زعمه انه أخذ الدراهم عوضا عن الدار فاذا استحققت كان عليه رد المقبوض من البديل كالمبيع اذا استحق وان جعلناه مبنيا على زعم المدعي عليه ففي زعمه أنه أعطى المال بذير عوض وان له حق الاسترداد وكذلك لو صالح عنه غيره وضمن المال رجوع المصالح بدراهمه لان بعد الاستحقاق ثبوت حق الرجوع بسبب أداء المال وانما ثبت لمن أدى ولو استحق نصفها أو ثبت معلوم فيها أو جيمها الاموضع ذراع لم يكن للمصالح أن يرجع بشيء من الدراهم لاني لأدري لعل دعواه فيما بقي دون ما استحق وهذا الصلح مبني على زعم المدعي وهو يتمكن من أن يقول انما كان حتي ما بقي وقد صالحتك عنه فلماذا لا يرجع بشيء من الدراهم بخلاف ما اذا استحق جميع الدار وان ادعى في بيت في يدي رجل دعوى فصالحه من ذلك على أن يبيت على سطحه سنة فهو جائز لان في زعم المدعي انه يستوفي ملك المنفعة باعتبار ملك الاصل ولم يذكر ما اذا صالحه على أن يبيت آخر بعينه سنة والجواب في ذلك انه يجوز أيضا لما استشهد به فقال (الآ ترى) انه لو استأجره جاز وقد بينا أن ما يستحق من المنفعة بمقدار الاجارة يجوز استحقاقه بمقدار الصلح قال الحاكم رحمه الله وقد تأوله بعض مشايخنا رحمهم الله على السطح المحجر لانه اذا كان بهذه الصفة فهو موضع السكنى عادة فيجوز استجاره لمنفعة السكنى قال رضي الله عنه والاصح عندي أنه يجوز على كل حال لان السطح مسكن كالارض ولو استأجر أرضا معلومة من الارض لينزل فيه مدة معلومة جاز فكذلك السطح وهذا لانه يتمكن من السكنى عليه بنصب خيمة فيه أو نحوها ولو ادعى نصف الدار وأقر بأن نصفها لذي اليد فصالحه ذو اليد على دراهم مائة ودفعتها اليه ثم استحق نصف الدار رجوع عليه بنصف الدراهم لان في زعم المدعي أن الدار كانت بينه وبين المدعي عليه نصفين والمستحق نصف شائع فيكون من النصيبين وبه تبين انه استحق نصف ما وقع الصلح عليه فيرجع بنصف الدراهم لو كان المدعي لم يقر لذي اليد بحق فيها أو قال نصفها لي ونصفها لفلان وقال المدعي كذبت بل نصفها لي والنصف الآخر لأدري لمن هو أو قال كلها لي ونصفها لفلان لم يرجع عليه بشيء من الدراهم لانه لم يستحق شيئا وقع الصلح عنه بزعم المدعي فهو يقول انما صالحت عن النصف الذي بقي في يدك وقد بينا أن الصلح على الانكار مبني على زعم المدعي واذا كانت الدار وديعة في يد المدعي فصالح المدعي من

دعواه فيها على شيء لم يرجع به على المودع لانه كأجنبي آخر في التزام المال بالصلح فقد كان
 متمكنا من أن يثبت بالبينة انه مودع فيها لتدفع الخصومة عنه الا أن يكون أمره بذلك
 حينئذ يرجع عليه لانه عامل له بأمره فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة وإذا صالح الرجل من
 دعواه في دار لم يماينها الشهود ولا عرفوا الحدود أو صالحه من دعواه في دار بغير عينها
 ثم خاصمه في دار وزعم أنها غير التي صالحه عنها وقال المدعي عليه هي تلك تحالفا وترادا الصالح
 وعادا في الدعوى لان الصلح عقد محتمل للفسخ بالاقالة فاذا اختلفا في عين ماتوا له العقد
 تحالفا وترادا كالتبايعين اذا اختلفا في عين المبيع ولو أن دارا في يدى ورثة ادعى رجل فيها
 حقا وبعضهم غائب فصالح الشاهد منهم المدعي على شيء مسي من جميع حقه فهو جائز لانه
 في حصة شركائه متبرع بالصلح وقد ذكرنا ان صلح المتبرع جائز اذا التزم العوض والدار
 الموروثة على حالها لان المدعي مستقط لحقه بما يأخذ من العوض غير متملك شيئا ممن يأخذ
 منه العوض فلا يرجع هذا الصلح عليهم بشيء لانهم لم يأمره بدفع شيء ولو كان صالح
 على أن يكون حقه له خاصة دون الورثة فهو جائز أيضا لان المدعي يملك ما يدعيه لنفسه من
 الذي يصالحه بما يستوفي من العوض والصلح مبنى على زعمه فيجوز ثم يقوم هذا المصالح
 مقام المدعي فيما بينه وبين شركائه على حجة المدعي فان أثبت له ملك شيء معلوم بالحجة ثبت
 ملكه في ذلك بالشراء واذا لم يكن له بينة فله أن يرجع على المدعي بحصة شركائه التي لم يسلم
 له لان المدعي عاجز عن تسليم ذلك اليه والصلح مبنى على زعمه فيتحقق عجزه عن التسليم في
 ذلك القدر فيبطل الصلح فيه ويرجع بما يقابله من البدل (ألا ترى) أن رجلا لو ادعى دارا
 في يدى رجل فصالحه رجل منها على عبد على أن تكون الدار له ثم خاصمه الذي في يديه
 الدار فلم يظفر بشيء كان له أن يرجع على المدعي بالعبد أو بقيته ان كان هلك عنده لان العقد
 يفسخ بينهما لتعذر تسليم الموقوف عليه بزعمهما ولو أن رجلين ادعيا دارا في يدى رجل وقالا
 ورثناها عن أيتنا وجعدهما الرجل ثم صالح احدهما عن حصته من هذه الدعوى على مائة
 درهم فأراد شريكه أن يشركه في هذه المائة لم يكن له ذلك لان الملك لو كان ظاهرا لهما
 في الدار فباع أحدهما نصيبه لم يكن للآخر أن يشاركه في ثمنه فكذلك اذا صالح احدهما
 من نصيبه مع انكار ذى اليد وليس للآخر أن يأخذ من الدار شيئا الا أن يقيم البينة لان
 ذا اليد يقبوله الصلح مع الانكار لا يصير مقرابحق المصالح فيما صالحه عنه فكيف يصير

مقرا بحق غيره فيما لم يقع الصلح عنه وذكر ابن رستم رحمه الله في نوادره أن أبا يوسف رحمه الله قال يشاركه وقال محمد رحمه الله لا يشاركه وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن المصالح يزعم أنه يأخذ بحجة الميراث عن أبيه ولهذا كان مصروفا إلى دين الأب لو ظهر عليه دين ولا يختص أحد الابنين بشيء من ميراث الأب فلا آخر حق المشاركة معه في المقبوض باعتبار زعمه ولو صالح أحدهما من جميع دعواهما على مائة درهم وضمن له تسليم أخيه فإن سلم الأخ ذلك له جاز وأخذ نصف المائة لأن الصلح في نصيب أخيه كان موثوقا على اجازته فإذا أجازه جاز ويجعل كأنهما باشرا الصلح فالبديل بينهما نصفان وإن لم يجز فهو على دعواه ورد المصالح على الذي في يديه الدار نصف المائة لأن الصلح قد بطل في نصيب أخيه برده ولو ادعى دارا في يدي رجل فقال هي لي ولاخوتي فأقر ذو اليد بذلك ثم اشترى منه نصيبه لم يكن لاختوته أن يشاركوه في شيء من الثمن لأنه إنما يأخذ العوض عن نصيبه خاصة وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين الصلح فيقول هنا بقية الورثة يتمكنون من أخذ نصيبهم من الميراث أو أخذ العوض عنه بالبيع فالقول بقطع الشركة لا يؤدي إلى تخصيص بعض الورثة في بدل شيء من الميراث بخلاف الصلح على ماقررنا ولو ادعى دارا في يدي رجل فاصطالحا فيها على أن يسكنها ذو اليد سنة ثم يدفعها إلى المدعي فهذا جائز بمنزلة ما لو اصطالحا على أن يسكنها المدعي سنة ولم يسلمها لذي اليد وهذا في جانب المدعي ظاهر لأنه يزعم أن رقبته ومنفعتها له فهو بهذا الصلح يبطل ملكه عن رقبته ويبقى ملكه في مقدار ماشرط لنفسه من المنفعة فأنما يستوفي ذلك بحكم ملكه وذلك جائز وكذلك إن كان يستوفيها بحكم عقد الصلح كما لو صالحه على سكنى دار أخرى سنة وأما في جانب المدعي عليه ففيه بعض اشكال لأنه يزعم أن رقبته ومنفعتها له وأنه يملكها من المدعي بعد سنة والتملك لا يحتمل التعليق بالشرط ولا الإضافة ولكننا نقول هذا الصلح مبنى على زعم المدعي وفي زعمه أنه يديرها من ذي اليد سنة ثم يأخذها منه والمدعي عليه يحمل مملكا رقبته منه في الحال مبقيا منفعتها سنة على ملكه وهو أنما يستوفي بحكم ملكه وذلك جائز (ألا ترى) أن من أوصى لغيره بسكنى داره سنة ثم مات صارت الدار لورثته وبقيت السكنى على حكم ملك الموصى يستوفيها الموصى له باخلاصه له وكذلك لو باع الدار المؤجرة والمشتري يعلم بالاجارة فإنه يملك رقبته ويبقى منفعتها على حق البائع حتى يملكها المستأجر عليه بالاستيفاء ويكون الاجر للبائع فهذا مثله وإن كان

للمدعى فيها شركاء لم يجز صلحه عليهم وهم على حجته في اثبات أنصباهم لانه لا ولاية للمدعى عليه على شركاء المدعى لتملك أنصباهم منه وكذلك لو كان هذا الصلح في أرضه على أن يزرعها ذو اليد خمس سنين على أن رقبته للمدعى فهو جائز لما قلنا. ولو اشترى دارا فاتخذها مسجدا ثم ادعى رجل فيها دعوى فصالحه الذى بنى المسجد والذين بين أظهرهم المسجد فهو جائز لانهم ينتفعون بهذا الصلح ولو صالحه من لا ينتفع به كالفصولى والتزم المال كان الصلح جائزا فاذا صالحه من ينتفع به كان الى الجواز أقرب وكذلك لو باع الدار أو وهبها لابن صغير أو جعلها مقبرة أو غيرها عن حالها ثم صالح عنها المدعى فهو فيما يلتزم من المال بالصلح لا يكون دون فضولى فيجوز ذلك منه وإذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعى بعد الاقرار ثم صالحه جاز الصلح لانه لا معتبر بانكاره بعد الاقرار فهذا صلح على الاقرار وهو جائز بالاتفاق وان أنكر فى الابتداء وصالح ثم أقر أنه كان محقا فى دعواه فالصلح ماض وهو آثم بالجهود لكونه كاذبا فيه ظالما ولكن الصلح من المدعى اسقاط لحقه بموضع وقد بينا أن وجود الخصم لا يمنع صحة الاسقاط من المسقط بغير عوض (ألا ترى) أن الطالب لو أبرأ المديون وهو جاحد للدين كان ابراؤه صحيحا فكذلك جهوده لا يمنع صحة الاسقاط بموضع وهذا لان الاسقاط تصرف من المسقط فى حقه (ألا ترى) ان انكار المرأة للنكاح لا يمنع صحة الطلاق من الزوج بموضع كان أو بغير عوض وكذلك انكار القاتل لا يمنع صحة العفو من الولي لهذا المعنى ولو ادعى دارا فى يد رجل فصالحه منها على خدمة عبد سنة ثم أعتقه صاحبه جاز عتقه لان العبد باق على ملكه وان صارت خدمته للمدعى واعتاقه فى ملك نصيبه نافذ كالوارث اذا أعتق العبد الموصى بخدمته نفذ وكان صاحب الخدمة على حقه لان خدمته صارت مستحقة له بمقد لازم والعق لا ينافى بقاءها ولو أعتقه المدعى لم ينفذ عتقه لانه مالك للخدمة ونفوذ العتق باعتبار ملك الرقة وهو من رقبته كأجني آخر فلا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم ولو أن رب العبد باعه لم يجز بيعه لانه عاجز عن تسليمه فلا ينفذ يبه فيه لحق صاحب الخدمة كالأجر اذا باع العبد المؤجر أو الوارث اذا باع العبد الموصى بخدمته أو الراهن اذا باع المرهون ولصاحب الخدمة أن يؤجره للخدمة لما بينا أنه ملك خدمته بمقد معاوضة فهو كالمستأجر يملك أن يؤجر قال وله أن يخرج بالعبد من المصر الى أهله وقد ذكرنا فى كتاب الاجارات أن من استأجر

عبدا ليخدمه فليس له أن يسافر به (قال رضي الله عنه) وكان شيخنا رحمه الله يقول تأويل
 ما قال في كتاب الصلح أن أهل المدعى إذا كانوا في بعض القرى القريبة من المصر والمدعى
 عليه يعلم ذلك أو كان هو على جناح السفر والرجوع إلى أهله وقد علم ذلك المدعى عليه
 فينبذ يكون هو راضيا بإخراجه العبد إلى أهله لأن الإنسان إنما يستخدم العبد في أهله
 وتأويل ما قال في كتاب الاجارات أنه إذا لم يكن ذلك معلوما للآجر عند عقد الاجارة
 فلا يكون راضيا بإخراج العبد وتكليفه خدمة السفر لأن الخدمة في السفر أشق منها في
 الحضر (قال رحمه الله) والذي يترأى لي من الفرق بين الفصلين أن في باب الاجارة مؤنة
 الرد على الآجر بعد انتهاء العقد لأن المنفعة في النمل كانت له من حيث أنه يقر حقه في
 الآجر والمستأجر إذا سافر بالعبد فهو يريد أن يلزم المؤاجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد فأما هنا
 فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه لأنه زعم أنه يملك الخدمة بغير شيء فهو كالموصي له بالخدمة
 فان مؤنة الرد عليه دون الوارث فالمدعى هنا بإخراجه إلى أهله يلتزم مؤنة الرد لأن يلزم
 المدعى عليه شيئا فهذا كان يخرج به ولو ادعى رجل في حائط رجل موضع جذوع أو ادعى
 في داره طريقا أو مسيل ماء فجحده ثم صالحه على دراهم معلومة جاز لأن المصالح عليه معلوم
 وجهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فان تسلمه بالصالح لا يصير مستحقا ولو ادعى رجل
 حقا فصالحه من ذلك على طريق في داره أو على مسيل ماء أو على أن يضع على حائط من
 داره جذعا فالصلح على الطريق جائز لأن المصالح عليه إذا كان عينا فهو كالبيع وبيع الطريق
 جائز لأن المصالح عليه إذا كان مما لا يقع فيه منازعة يجوز وبيع المسيل لا يجوز لأنه مجهول فان
 كان مسيل ماء الميزاب فذلك يختلف بقله المطر وكثرته والضرر بحسبه يختلف وان كان مسيل
 ماء الوضوء فذلك يختلف أيضا بقله الحاجة اليه وكثرته فكذلك بيع موضع الجذع من
 الحائط لا يجوز للجهالة فاستجار الحائط لوضع الجذع عليه لا يجوز أيضا وقد بينا أن من
 لا يستحق بالبيع والاجارة فالصلح عليه لا يجوز ولو صالحه على شرب نهر شهرا لم يجز لأن
 بيع الشرب بدون الارض جائز فكذلك الصلح عليه لأن ما هو المقصود يختلف بقله الماء
 وكثرته وجريان أصل الماء في النهر على خطر ومقداره غير معلوم ولو صالحه على أن يسيل
 ماء فيها لم يجز لأن مقدار ذلك لا يستحق بالاجارة فكذلك لا يستحق بالصالح عليه بخلاف
 ما إذا صالحه على عثر نهر بأرضه أو على عثر بئر أو عين فالصلح عليه هنا جزء معلوم رقبة

النهر واستحقاقه بالبيع جائز فكذلك بالصلح عليه وكذلك لو ادعى عثر نهر أو بئر فصالحه منها على مال معلوم فهذا إلى الجواز أقرب ولو ادعى في دار في يد رجل دعوى فصالحه من ذلك على عبد ومائة درهم وقيمة العبد مائة درهم ثم استحق العبد رجوع في نصف دعواه لأنه لو استحق جميع ما وقع الصلح عليه بطل الصلح في الكل وعاد على رأس الدعوى فكذلك إذا استحق نصف ما وقع الصلح عليه وإن كان الذي في يديه الدار أخذ من المدعى ثوبا رجع المدعى في نصف الدعوى ونصف الثوب لأن من جانب المدعى شيئين المدعى وهو مجهول والثوب وهو معلوم والمعلوم إذا ضم إلى المجهول فلا طريق إلى الانقسام سوى المناصفة والمدعى عليه بدل المائة والعبد فكان بازاء العبد نصف الثوب ونصف المدعى بازاء المائة فكذلك عند استحقاق العبد يرجع المدعى بما يقابله وهو نصف الدعوى ونصف الثوب ولو كان استحق الثوب رجوع الذي في يديه الدار بحصة الثوب من قيمة العبد والدرهم ثم ينظر كم ادعى من الدار فيعود ذلك أن كان معلوما ويقوم الثوب فإن كانت قيمتهما سواء رجع بنصف العبد ونصف المائة لأن الثوب والمدعى من جانب المدعى فيتوزع عليهما المائة والعبد فإذا استوفى القيمة كان بمقابلة الثوب ونصف المائة وقد استحق الثوب فيرجع بما يقابله وإن اختلفا في قدر الحق في الدار فقال الطالب كان لي نصف الدار وقال المدعى عليه بل كان لك عشرينها فالقول قول الذي الدار في يديه مع يمينه لأنكاره الزيادة وأصل المدعى وهو الدار والصلح كان باعتباره فإذا وقعت الحاجة إلى معرفة مقداره كان القول قول المنكر مع الزيادة (الآثرى) أنه لو باع من رجل طعاما بمائة درهم ودفعها وقبض الطعام ثم وجد به عيبا فرد فقال البائع كان طعامي الذي بعتك كرخطة وقال الرجل كان نصف كرخطة فالقول قول المشتري مع يمينه ومعنى هذا الاستشهاد أن الصلح على الإنكار مبنى على زعم المدعى وفي زعمه أن المدعى عليه اشترى منه نصيبه من الدار بما أعطاه من بدل الصلح فإذا وقع الاختلاف في مقدار المشتري جعل القول قول المشتري كما في مسئلة الطعام وكذلك لو اشترى شقصا في دار بعبد فاستحق العبد فقال الذي قبض الشقص كان المبيع ثلث الدار وكان للآخر نصف الدار فالقول قول الذي في يديه الدار لأن الاختلاف بينهما في مقدار المشتري فالخاصل أن المشتري قابض للمشتري بالمقدومتى وقع الاختلاف في مقدار المقبوض يجعل القول قول القابض لأنه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله فكذلك إذا أنكر قبض

الزيادة ولو كانت دار في أيدي ثلاثة نفر في يد كل واحد منهم منزل منها وساحتها على حالها واختصموا فيها فلكل واحد منهم مافي يده والساحة بينهم أثلاثا لأن مافي يد كل واحد منهم الظاهر يشهد له والبناء على الظاهر واجب ما لم يتبين خلافه وحقهم في الساحة على السواء لأن كل واحد منهم مستعمل للساحة في حوائجه والاستعمال يد فلهذا قضى بالساحة بينهم أثلاثا فان اصطاحوا قبل أن يقضى بينهم على أن ثلثان نصف الساحة وكل واحد من الآخرين ربهما فهو جائز لانه صالح عن تراض فيما لا يتمكن فيه معنى الربا فيجوز كيفما اتفقوا عليه وكذلك ان اشترط أحدهم لنفسه نصف المنزل الذي في يد صاحبه جاز لأن ذا اليد يصير مملكا نصف منزله منه بموض معلوم وذلك صحيح قل الموض أو كثر ولو كانت الدار في يد رجل منها منزل وفي يد آخر منزل وقال أحدهما الدار بيني وبينك نصفان وقال الآخر بل هي كلها لي فللذي ادعى جميعها مافي يده ونصف مافي يد صاحبه والساحة بينهما نصفين لأن صاحبه يدعي النصف من جميع الدار شائما فيكون مدعيها نصف كل جزء بعينه من الدار والقول للذي في يده جزء معين منها فهو يدعي نصف ذلك ولا مدعى للنصف الآخر سوى من يدعي جميعها ولا منازع له في ذلك فيأخذ نصف مافي يده والساحة كذلك موضع معين منها في يد كل واحد منهما نصفه شائما فمدعى النصف مدع جميع مافي يده من الساحة فالقول في ذلك قوله فلهذا كانت الساحة بينهما نصفين والمنزل الذي في يد مدعي الجميع صاحبه يدعي نصفه ولا يستحق ما في يد الغير بمجرد الدعوى ما لم يتم البينة وذو اليد يدعى جميع ذلك المنزل فلهذا كان له جميع مافي يده فان اصطاحوا قبل القضاء على أن تكون الدار بينهما نصفين أو على الثلث والثلثين فهو جائز لوقوع الاتفاق والتراضي على شيء معلوم وكذلك لو اصطاحوا بعد القضاء فهو جائز بطريق التملك من كل واحد منهما من صاحبه بعد ما قضى له به بموض ولو كان أحدهما نازلا في منزل من الدار والآخر في علو ذلك المنزل وادعى كل واحد منهما جميعها فلكل واحد منهما مافي يده والساحة بينهما نصفان لأن العلو مسكن على حدة كالسفل فهما كيتبتين من الدار أحدهما متصل بالآخر وقد بينا في اليتبتين والمنزلي أن لكل واحد منهما مافي يده والساحة بينهما نصفان لثبوت يدهما عليها بالاستعمال ولا يقال الساحة أرض من جنس حق صاحب السفل فينبغي أن يكون هو أولى به لأن ثبوت اليد لا تكون بالمجانسة بل بالاستعمال وصاحب العلو مستعمل لها كصاحب السفل فان

اصطلاحا قبل القضاء أو بعده على أن لصاحب السفلى العلو ونصف الساحة ولصاحب العلو السفلى ونصف الساحة جاز لوجود المبادلة بينهما فى العلو والسفلى بالتراضى والساحة بينهما نصفان كما هو قضية الحكم وإذا كان الحائط بين دارى رجلين وكل واحد منهما يدعى أنه له ولكل واحد منهما عليه جذوع وجذوع أحدهما أكثر من جذوع الآخر كان للآخر أن يزيد فى جذوعه حتى تكون جذوعه مثل جذوع صاحبه لأن يد كل واحد منهما ثابتة على الحائط وأنه مستعمل له بوضع حمل مقصود عليه يبنى الحائط لأجله فإن الحائط يبنى لوضع ثلاثة جذوع عليه كما يبنى لوضع عشرة من الجذوع عليه فكان الحائط بينهما نصفين لاستوائهما فى اليد عليه ولأحد الشريكين أن لا يسوى نفسه بصاحبه فى الانتفاع بالملك المشترى وللمساواة هنا طريقان أما رفع فضل جذوع صاحبه أو بأن يزيد فى جذوعه والرفع غير ممكن بهذا النوع من الظاهر لأن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق على الغير وكان له أن يزيد فى جذوعه حتى تكون جذوعه مثل جذوع صاحبه ولكن هذا إذا كان الحائط يحتمل ذلك فإن كان لا يحتمل فالوضع يكون بمنزلة هدم الحائط وليس له أن يهدم الحائط المشترك وقد تقدم بيان هذه الفصول وما فيها من اختلاف الروايات فى كتاب الدعوى والاقرار وليس لواحد منهما أن يبنى على هذا الحائط ويفتح فيه كوة وجمه كوى ولا باباً لأن أصل الحائط مشترك بينهما وفتح الباب والكوة يكون رفعا لبعض الحائط وهو لا يتمكن من أن يرفع جميع الحائط بغير رضا صاحبه فكذلك لا يتمكن من رفع البعض وهذا لأن فتح الباب والكوة يوهن البناء ويظهر أثر ذلك فى الثانى أن كان لا يظهر فى الحال ولا كذلك بناء الحائط عليه لأن فيه وضع حمل زائد على حائط مشترك وفيه ضرر على الحائط لعمالة ولو أراد أن يبنى فى حائط ساحة مشتركة لم يملك ذلك بغير إذن صاحبه فهذا أولى ولو اصطلاحاً على أن يكون الحائط بأصله لأحدهما وعلى أن يكون للآخر موضع جذوعه وعلى أن يبنى عليه حائطاً مسمى معروفًا يحمل عليه جذوع علو مسمى فهو باطل لأنه إنما يستحق بالصلح ما يجوز استحقاقه بالبيع أو الاجارة ومثل هذا لا يصير مستحقاً بالبيع والاجارة لمعنى الجمالة على ما قررنا فكذلك لا يجوز أن يقع عليه الصلح وإذا اختصا فى حائط وكان مخوفاً فاصطلاحاً على أن يهدماه أو على أن يبنياه على أن لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثيه فالنفقة عليهما على قدر ذلك وعلى أن يحملا عليه من الجذوع قدر ذلك فهو جائز لأنهما تراضيا على

ما هو معلوم في نصيبه على ما يجوز أن يكون مبيعا فكذلك الصالح عليه ولو كان بيت في يد رجل له سطح فادعى رجل فيه دعوى فاصطالحا على أن يكون البيت لأحدهما ويكون سطحه للآخر فهذا لا يجوز إذ سطحه لا بناء عليه ويبيعه لا يجوز فانه يبيع الهواء فكذلك لا يجوز الصالح عليه وقد ذكرنا قبل هذا انه لو صالح على أن يبيت على سطح سنة فهو جائز فن حمل ذلك الجواب على سطح محجر فهو لا يحتاج الى الفرق بين الفصلين والفرق أن هناك المصالح عليه السطح دون المنفعة فاذا لم يكن عليه بناء فهو عبارة عن الهواء وهو لا يملك بالصالح كما لا يملك بالبيع ولو كان عليه بناء أو حجرة فاصطالحا على أن يكون لأحدهما علوه وللآخر سفله جاز لأن كل واحد من البيتين يجوز استحقاقه بالبيع فكذلك بالصالح عليه ولو كانت دار في يد قوم في يد كل واحد منهم ناحية منها فاختصموا في درج فيها معقود بازج سفلهما وهو في يد أحدهما وظهر الدرج طريق للآخر الى منزله فانه يقضى بالدرج كلها لصاحب السفلى لأن الظاهر شاهد له فانها في يده غير ان لصاحب العلو طريقا عليها على حاله لأن صاحب اليد بالظاهر يدفع الاستحقاق ولا يستحق ابتداء وقد عرفنا طريق صاحب العلو على هذا الدرج فلا يكون له أن يمنعه طريقه بالظاهر كما لو كان لانسان حائط وللآخر عليه جذوع فان كان متصلا ببناء أحدهما اتصال وضع فاختلغا فيه فالحائط لصاحب الاتصال ولكن تترك جذوع الآخر على حالها لانه بالظاهر لا يستحق رفع جذوع الآخر ولو كان روشن على رأس هذه الدرجة منهم من يقول روشن وهو على منزل صاحب السفلى وهو طريق لصاحب العلو وعرف ذلك فاختصموا فيه فالروشن كله لصاحب العلو لا السفلى لانه بمنزلة سقف منزله فيكون في يده ولكن صاحب العلو المحجر عليه على حاله لما بينا أن بالظاهر لا يمنعه الممر الذي كان معروفا له ولو كان بيت سفلى في يد رجل وبيت علو عليه في يد آخر فسقف السفلى وهو اديه وجذوعه وبواريه كله لصاحب السفلى لأن صاحب السفلى مستحق للبيت والبيت انما يكون بيتا بسقف والظاهر أن الذي يبنى البيت يجعله مسقفا ولصاحب العلو سكناه في ذلك كله لانه بالظاهر لا يمنعه ما كان معلوما بالسكنى فكذلك الدرج والروشن ولو اصطالحا على أن يكون الدرج والروشن بينهما نصفين جاز ذلك قبل القضاء وبمده لتراضيها عليه ولو أن بيتا في يد رجل وفوقه بيت في يد آخر وكل واحد منهما مقر لصاحبه بما في يده فهي البنيانان جميعا فاصطالحا على أن ينقض كل واحد بيته على

مثل ما كان عليه فهو جائز لانهما اصطلاحا على ما يوافق الشرع فان على كل واحد منهما اصلاح ملكه شرعا ويؤمر صاحب السفلى بالبناء هنا لانه هدم بناء السفلى ولو هدمه بغير شرط أجبر على بنائه لحق صاحب العلو فاذا كان عن شرط فهو أولى بخلاف ما اذا سقط بناء السفلى فانه لا يجبر صاحب السفلى على بنائه لانه يلحقه فيه . وثمة لم يرض بالتزامها ولكن يبنى صاحب العلو السفلى ثم يبنى عليه علوه ولا يسكنه صاحب السفلى حتى يؤدي اليه قيمة البناء وقد بينا هذا في الدعوى واذا كان لرجل نخلة في ملكه فخرج سفعها الى ملك غيره فأراد الآخر قطع سفعها فله ذلك لانه شاغل لهواء ملكه وكان له أن يطالبه بالتفريغ فهذا مثله الا أنه انما يتمكن من قطعه اذا كان لا يتمكن صاحب النخلة من أن يجوز الى هواء ملكه فان كان يتمكن من ذلك امره به لان مقصوده تفريغ هواء ملكه وذلك يحصل بهذا الطريق فليس له أن يلحق الضرر لصاحب النخلة في قطع سفعها فان صالحه رب النخلة على أن يترك السعف على دراهم مسماة لم يجز لان هذا لا يجوز استحقاقه من هواء ملك الغير بالبيع والاجارة فكذلك لا يجوز استحقاقه بالصلح وهذا لانه تملك جزء من الهواء بموضع وهو غير معلوم في نفسه اذ ان السعف يطول بمضى الوقت . ولو أن نهرا بين قوم فاصطلحوا على كرية أو بوضع ممشاة أو قنطرة عليه على أن يكون النفقة عليهم بمحضهم فهذا جائز كله عليهم لانهم يجبرون على ذلك لو لم يصطلحوا اذا كان فيه ضرر عام فان رفع الضرر واجب فاذا اصطالحوا كان الى الجواز أقرب فان كان بحيث لا يضرهم تركها ففي القنطرة والممشاة لا يجبرون على ذلك لانه تدبير في الملك وهو مفوض الى رأى الملاك وانما يجبرون على ازالة الضرر العام فان ليس فيه ضرر عام لا يجبرون عليه وأما الكرية فاني أجبر عليه لان في تركه ضررا عاما فان للناس في النهر حق السقي فيتضررون باقطاع ذلك عنهم ولا يصل اليهم ملك المنفعة الا بالكرية وللإمام أن يجبر الشركاء فيه على الكرية وتما هذا في كتاب الشرب . ولو ادعى زراعا في أرض رجل فصالحه من ذلك الزرع على دراهم فهو جائز لانه صلح على الانكار وقد بينا أن المدعي بنفس الدعوى صار حقا للمدعى في جواز الاعتياض عنه ولم يمارضه المدعي عليه بانكاره فلا يبطل عليه هذا الحق بمعارضته اياه بانكاره لان ذلك ليس بحجة في حق المدعي في ابطال حقه وكذلك لو ادعى نصفه وان كان يبيع نصف الزرع قبل الافراك يجوز لان امتناع جواز البيع لمسا على البائع من الضرر في التسليم وهذا لا يوجد هنا ولان النصف

الاخر من الزرع لصاحب الارض ويبيع نصف الزرع من شريكه قبل الادراك جائزولو كانت أرض لرجلين فيها زرع لهما فادعاه رجل فجحداه ثم صالحه أحدهما على ان أعطاه مائة درهم على أن يسلم نصف الزرع للمدعى لم يجوز لان المدعى عليه يصير مملكا نصف الزرع قبل الادراك من غير شريكه بموض وذلك لا يجوز ولان نصف الزرع والارض للذي هما في يديه فلو جوزنا هذا الصلح صار نصف الزرع للمصالح فيجبر على قلعه وتفريغ أرض الآخر منه ولا يتأتى ذلك الا بقلع الكل وفيه من الضرر على الآخر مالا يخفى وكذلك هذا في البيع وكذلك النخل والشجر اذا كان مشتركا بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من غير شريكه لم يجوز ذلك وقد بينا هذا في البناء في كتاب الشفعة فهو مثله في النخل والشجر ولو ادعى رجل سقفا في دار في يد رجل فصالحه منه على سكنى بيت من هذه الدار معلوم عشر سنين فهو جائز لان ما وقع عليه الصلح منفعة معلومة ببيان المدة فان أجره من الذي صالحه جاز في قول أبي يوسف رحمه الله ولم يجوز في قول محمد رحمه الله وهذا بناء على الفصل المتقدم ان عند محمد رحمه الله استحقاق هذه المنفعة بالصالح كاستحقاقها بالاجارة ولهذا قال يبطل الصلح بموت أحدهما كما تبطل الاجارة ثم المستأجر اذا أجر المؤجر من الآخر لا يجوز فكذلك هنا اذا أجره من الذي صالحه لا يجوز وعند أبي يوسف رحمه الله استحقاقه هذه المنفعة باعتبار ملكه بناء على زعمه لا باعتبار المقدم فكما يملك الاعتياض عنه مع غير الذي صالحه بالاجارة منه فكذلك يملك مع الذي صالحه ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله ان وارثه يخلفه بعد موته في استيفاء هذه المنفعة ولا يبطل الصلح بموت أحدهما ثم على قول محمد رحمه الله اذا استأجر الذي كان في يديه فكان عنده حتى مضى الاجل لم تجب عليه الاجارة ولكن يبطل الصلح ويمود المدعى على دعواه لقوات المعقود عليه في ضمانه قال ولو باع هذا السكنى بيعا من رجل لم يجوز بيع السكنى وهذا فصل مشترك فان لفظ البيع يملك به الرقبة وملك الرقبة سبب لملك المنفعة فكان ينبغي أن يجوز استعارة لفظ البيع لتمليك المنفعة به مجازا كما انه يجوز النكاح بلفظ الهبة والبيع بهذا الطريق وزعم بعض أصحابنا رحمه الله ان تأويل هذه المسئلة فيما اذا أطلق البيع في السكنى وبين المدة وانما يفسد لترك بيان المدة كما لو صرح بلفظ الاجارة (قال رحمه الله) والاصح عندي أن الجواب مطلق على ما قال في الكتاب وانما

امتنع جواز بيع السكنى لانعدام المحل لافساد الاستمارة فالمنفعة معدومة في الحال واجباها
ليس في مقدور البشر والممدوم لا يكون محلا لاضافة المقدالية فالشرع أقام الوجود وهو الدار
المنتفع بها مقام المنفعة في جواز اضافة عقد الاجارة اليها فأما انفس البيع ان أضيف الى الدار
فهو تملك لمينها وان أضيف الى المنفعة فالممدوم لا يكون محلا لاضافة المقدالية سواء كانت
الاضافة بلفظ الاجارة أو بلفظ البيع حتى لو قال الحر لرجل بملك نفسي شهرا بكذا لعمل
فهذه اجارة صحيحة قل فكذلك لو صالحه الذي كانت الدار في يده من هذه السكنى على
دراهم فهو جائز لانه لو صالحه في الابتداء على الدراهم يجوز فكذلك اذا صالحه على سكنى
معلومة ثم منها على دراهم وهذا على أصل أبي يوسف رحمه الله ظاهر لانه لو استأجره منه
بدراهم جاز فكذلك اذا صالحه ومحمد رحمه الله يقول الصلح يمكن تصحيحه بطريق اسقاط
الحق فأما الاجارة فلا يمكن تصحيحها الا بطريق التملك واذا كان يملك هو عليه المنفعة
بجهة الماوضة فيملك أن يملكه منه بمثل تلك الجهة وكذلك لو صالحه من الدراهم على دنائير
وقبضها فهو جائز لان المصالح عليه اذا كان نقدا فهو كالتمن والاستبدال بالتمن قبل القبض
جائز لكن بشرط قبض الدنانير قبل الافتراق لان النقد صرف ولانه لو فارقه قبل القبض
كان افتراقا عن دين بدين ولو قبض البعض ثم نفقا جاز بمقدار ما قبض ويرجع بمحبة
ما بقي من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل قال والافرار من المدعى للذي في يديه الشيء على
وجه الصلح لا يمنعه من الدعوى اذا بطل الصلح بوجه من الوجوه لما يدا أن الاقرار ان
ثبت فانما يثبت ضمنا للصلح وما يثبت ضمنا للشيء يبقى بقاءه ويبطل بطلانه كالوصية بالحياة
في ضمن البيع والافرار به من الذي هو في يديه عند الصلح للمدعي يوجب رده عليه اذا
بطل الصلح لانه اقرار مقصود وكان يجب العمل به قبل تمام الصلح فكذلك بمد بطلان
الصلح قال وكل شيء وقع الصلح عليه مما لو استحق رجوع بقيته فله أن يبيعه قبل أن يقبضه
بمزلة الصداق وبذل الخلع والصلح عن دم العمد لانه لم يبق في الملك المطلق للتصرف
عذر يمكن التحرز عنه فان ملكه لا يبطل بالهلاك ولكن يتحول الى القيمة وكل شيء يرجع
فيه على دعواه فليس له أن يبيعه قبل القبض لبقاء الفرر في الملك المطلق لتعرف كما
في البيع وفي المقار الخلاف معروف في جواز البيع قبل القبض وقد بيناه في البيوع
فكذلك اذا وقع الصلح عليه ولو في ادعى دارا في يدى رجل حقا فصالحه من ذلك على

عبدین فدفع اليه أحدهما ومات الآخر في يده فالمدعي بالخيار ان شاء رد العبد الذي قبضه وعاد في دعواه وان شاء أمسك ورجع في حصة العبد الميت لان الصفقة تفرقت عليه قبل القبض والتمام فان تمام الصفقة بقبضها وقد بينا أن الصلح على الإنكار مبنى على زعم المدعي وهو كما لو اشترى عبدین فهلك أحدهما قبل القبض . ولو كان ادعى في أرض حقا فصالحه منها على أرض أخرى باتقرار تفرقت الأرض التي وقع الصلح عليها فان شاء المدعي رضى بها وان شاء تركها ان كان قد نقصها الفرق لان ما وقع عليه الصلح بمنزلة المبيع وقد تعيب قبل التسليم فان غرقت الأرض التي كان ادعى فيها قبل أن يصل اليها المصالح ونقصها الفرق فهو بالخيار أيضا لان الصلح على الاقرار محض معاوضة فكان المدعي عليه مشتر للمدعي به وقد تعيب قبل القبض فله الخيار وان كان الصلح وقع على الإنكار لم يكن له فيها خيار لان في زعم المدعي ان المدعي عليه غاصب بمجرد وانه بالصلح كالمشتري فصار قابضا بنفس الشراء وانما تعيب بعد ذلك . ولو ادعى سكنى في دار وصية من رب الدار فجعله أو أقر به ثم صالحه منه على شيء جاز وان كان الموصى له بالسكنى لا يؤاجر لان تصحيح الصلح بطريق اسقاط الحق بمحض ممكن والاصل فيه أن الصلح صحيح بطريق المعاوضة ان أمكن وان تعذر ذلك تصحيح بطريق الاسقاط كما لو صالح من الألف على خمسمائة وكذلك لو صالحه على سكنى دار أخرى فانه يصح هذا الصلح بطريق الاسقاط لما تعذر تصحيحه بطريق التملك فان مبادلة السكنى لا تجوز ولو ادعى دارا في يد رجل فصالحه منها على دراهم مائة أو على شيء من الحيوان على أن يزيد الآخر كرحنطة لمدة وليس عنده طعام لم يجز لان ما يقع عليه الصلح مبيع ويبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز قال (الأثرى) أنه لو باع عبدا بدراهم واشترط للمشتري مع العبد طعاما يعطيه إياه وليس عنده كان البيع فاسدا لهذا المعنى . ولو ادعى في دار رجل طريقا فصالحه منها على دراهم أو على طريق في دار أخرى كان جائزا بعد أن بين أن الطريق بمنزلة البيع ولو كان له باب في غرفة أو كوة وآذانه جاره وخاصة فافتدى من خصومته بدراهم وصالحه عليها فالصلح بامل وله أن يترك بابه وكوته على حالهما قال لانهما في غير ملك أحد ومعنى هذا أن الباب والكوة يكون برفع بعض الحائط والحائط خالص ملائكة ولو رفعه كله لم يكن لجاره أن يمنعه من ذلك فكذلك اذا رفع بعضه وبهذا يتبين ان الجار ظالم له مدع بالبطل وانه أخذ منه ما لا يكف عن ظلمه وذلك حرام فلهذا الزمه

باب الصالح في الشفعة

(قال رحمه الله) قد ذكرنا في كتاب الشفعة ان صالح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه في وجه يصح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفي وجه لا يصح ولا تبطل شفعة وهو أن يصالح على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن لان حصته مجهولة ولا تبطل شفعة لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح وفي وجه تبطل شفعة ولا يجب المال وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري فهنا تبطل شفعة لوجود الاعراض منه عن الاخذ بالشفعة ولا يجب المال لان ملك المشتري في الدار لا يتغير بهذا الصلح بل يبقى على ما كان قبل الصلح وترك الشفعة ليس بمال ولا يؤل مالا بحال فالاعتياض عنه بالمال لا يجوز بخلاف القصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح تحدث له العصمة في حقه فيجوز أن يلزمه بمقابله ولو صلح المشتري الشفيع على ان اعطاه الدار وزاده الشفيع على الثمن شيئا معلوما فهو جائز لان تسليم الدار بالشفعة بثمن بغير قضاء يكون بيعا مبتدأ والثمن الذي وقع عليه التراضي معلوم فكأنه باعه منه مرابحة بما سمي من الثمن واذا اختصم في الشفعة شريك وجار فاصطلحا على أن أخذها نصفين وسلمهما المشتري جاز كما لو باعاهما ابتداء واذا اشترى الرجل دارا فاصطلمه رجل في شقة منها وطلب الشفعة فيما بقي ثم صلح المشتري على نصف الدار بنصف الثمن على أن يبرأ من الدعوى فهو جائز بمنزلة البيع المبتدئ فان بيع نصف الدار منه بالثمن ابتداء صحيح وشرط البراءة من الدعوى لا يبطل البيع أما اذا لم يكن مشروطا فتصحیح هذا بعقد ممكن بأن كان للمدعي جزء من هذا النصف فيكون المدعي تاركا للدعوى فيه باقداً على الشراء ابتداء وقابضاً لذلك الشقص بحقه مشترياً لما زاد عليه بما سمي من الثمن أو مصالحاً في ذلك الشقص بعوض يؤديه مشترياً فيما زاد عليه ولو ادعى في دار في يد رجل حقاً وادعاهما كلها فصالحه على دارهم فلا شفعة للشفيع فيها لان المدعي عليه يزعم أن الدار له على قسم ملكه وزعمه فيما في يده معتبر فكما لا يتمكن المدعي من أخذ ما في يده باعتبار زعمه فكذلك الشفيع وقد بينا أن باقداً على الصلح لا يصير مقراً للمدعي بالدار وانما التزم البذل فداء

لبيته. وان خاصه في الشفعة فسلم له نصف الدار بنصف الثمن الذي صالح عليها المدعى جاز كما لو باعه منه ابتداء ولو اشترى أرضا فسلم الشفع الشفعة ثم جحد التسليم وخاصه فصالحه علي ان أعطاه نصف الدار بنصف الثمن جاز وهذا والبيع المبتدأ منه سواء وكذلك لومات الشفع ثم صالح الورثة المشتري على نصف الدار بنصف الثمن جاز كالبيع المبتدأ واذا ادعى الرجل شفعة في دار فصالحه المشتري على أن يسلم له داراً أخرى بدراهم مسماة على أن يسلم له الشفعة فهذا فاسد لا يجوز لانه بائع الدار الأخرى منه وقد شرط فيه تسلم الشفعة وهو شرط ينتفع به أحد المتعاقدين فاذا شرط في البيع فسد العقد كما لو باعه عبداً بألف درهم على أن يسلم له الشفعة ولو ادعى شفعة في عبد فصالحه المشتري على أن يسلم نصف العبد بنصف الثمن وهو معلوم عندهما جاز لانه بيع مبتدأ والبيع ينقذ بلفظ التسليم وبفعل التسليم وان لم يكن هناك لفظ كما هو مذهبنا في انعقاد البيع صحيحا بالتعاطي والله أعلم بالصواب

باب الصالح الفاسد

(قال رحمه الله) واذا ادعى الرجل في دار حقاً فصالحه ذو اليد على عبد إلى أجل فالصالح فاسد لان تصحيح الصالح على الانكار بطريق البناء على زعم المدعي وفي زعمه أنه يملك العبد بغير عينه بموض هو مال وذلك فاسد فان قيل الحيوان يثبت ديناً في الذمة في العقود المبينة على التوسع في البذل كالنكاح والخلع والصالح على الانكار بهذه الصفة قلنا لا كذلك ولكن الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما هو مال وانما يثبت بدلاً عما ليس بمال (ألا ترى) أن الفرة وجبت شرعاً في جنين الحرة دون جنين الامة وهذا لان مقابلة ما ليس بمال لا يثبت ثبوتاً صحيحاً بل يرد بين الحيوان والقيمة وبمقابلة ما هو مال لا يمكن اثباته بهذه الصفة ثم الصالح على الانكار في المصالح عليه غير مبني على التوسع (ألا ترى) انه لا يثبت في الذمة مع جهالة الصفة وانه يرد بالعيب اليسير والفاحش فكذلك لا يثبت الحيوان فيه ديناً فان كان صالحه من حقه فقد أقر له بالحق ولكن لم يبين مقداره فالقول فيه قول المدعى عليه بعد أن يقر بشيء لا نكاه الزيادة بمنزلة ما لو قال لفلان على حق وان كان صالحه من دعواه لم يكن ذلك اقراراً لان الدعوى قد تكون حقاً وقد تكون باطلاً (ألا ترى) انه لو قال لفلان على دعوى لا يصير مقراً له بشيء بهذا اللفظ بخلاف قوله لفلان على حق فكذلك

لو صالحه على دراهم مسماة الى الحصاد وما أشبهه لان الصلح فيما يقع عليه الصلح كالبيع واشترط هذه الآجال المجهولة منفسد للبيع ولو ادعى رجل في عبد رجل دعوى فصالحه على غلته شهرا فهذا فاسد بخلاف ما اذا صالحه على خدمته شهرا لان الخدمة معلومة ببيان المدة وهي مقدورة التسليم لصاحب العبد فأما الغلة فمجهولة المقدار في نفسها غير مقدورة التسليم لصاحب العبد لانه ما لم يؤجره من غيره لا تحصل الغلة له وذلك لا يتم به وحده وبعد ما أجره لا تجب الغلة الا بسلامة العبد في الشهر ولعله يمرض أو يموت فلهذا بطل الصلح وكذلك الصلح على غلة الدار وثمره النخل فاسد لانه مجهول وهو على خطر الوجود بخلاف الوصية فانها أخت الميراث فمثل هذه الجهالة لا تمنع صحتها أما الصلح فهو بمنزلة البيع والاجارة فيما يقع الصلح عليه ومثل هذه الجهالة تمنع الاستحقاق بالبيع والاجارة وعلى هذا لو صالح من دعواه على شرب يوم من هذا النهر في الشهر من غير أن يكون له حق في رقبته فانه لا يجوز والوصية بمثله تجوز لما قلنا . ولو ادعى قبل رجل ألف درهم دينافصاله منها على عشرة دنانير الى أجل لم يجز مقرا كان أو جاحدا أما اذا كان مقرا فلان هذا صرف بالنسيئة وكذلك لو صالحه منها على طعام موصوف مؤجل أو غير مؤجل وفارقه قبل القبض فهو باطل لانه دين بدين والدين بعد المجلس حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي وكذلك لو صالحه من غيره فهو في هذا المعنى وصالح المدعي عليه سواء ولو ادعى عليه ألف درهم سودا فصالحه منها بعد الانكار على ألف درهم بخية الى سنة لم يجز لان البخية لها فضل فالبخية الجياد التي هي نقد بيت المال سميت بذلك لانه يقال لمن يملكها يخ بخ ثم جعل هذا الفضل عوضا عن الاجل ومعاوضة المال بالاجل لا يجوز وفي نظيره نزل قوله تعالى لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة ولو ادعى عليه بخية فصالحه على سود مثلها أو أقل حالا أو موجلا فهو جائز لان صاحب الحق هو المحسن اليه من كل وجه حيث أبرأه عن فضل الجودة ولو أبرأه عن بعض المقدار وأجله فيما بقي جاز أيضا واذا كان الاحسان كله من جهته لا يتحقق معنى المعاوضة بينهما ولو باع عبدا بألف درهم سود ثم صالحه على ألف ومائة نهبرجة أو زبوف حالة أو الى أجل كان ذلك باطلا لان ما شرط من زيادة القدر عوض عن الاجل أو عن صفة الجودة فان الزبوف دون السود في الجودة ومثل هذه المعاوضة ربك شرعا وكذلك لو صالحه منها على شيء مما يكال أو يوزن بغير عينه لم يجز لان المكيل

والموزون اذا قابلته الدراهم يكون مبيعا وهو بيع مالىس عند الانسان وذلك باطل قبض
 في المجلس أو لم يقبض ولا يمكن تصحيحه سلما وان ذكر شرائط السلم لان رأس المال دين
 وعقد السلم برأس مال هو دين لا يجوز . ولو كان لرجل قبل رجل ألف درهم غلة فصالحه
 منها على خمسمائة بخية نقدا وتقدها اياه فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله الاول باعتبار
 انه يجعل كل واحد منهما محسنا الى صاحبه بطريق الاسقاط فصاحب الحق أبرأه عن
 خمسمائة والمدينون أعطى ما بقى أجود مما عليه وهذا منه احسان في قضاء الدين وذلك مندوب
 اليه واذا كان المقصود بالصلح قطع المنازعة فاذا أمكن تصحيحه لا يجوز ابطاله وهنا تصحيحه
 بطريق ممكن فلا يحل على المعاوضة وان تفرقا قبل أن يقبض فله خمسمائة من غلة الكوفة لانه
 أبرأه عما بقى وانما تبقى الخمسمائة في ذمته بالصفة التي كانت قبل الأبراء والمجازاة على الاحسان
 مطلوبة بطريق ولكن غير مستحق ديناً ثم رجع فقال الصلح باطل وهو قول أبي حنيفة
 ومحمد رحمه الله لانهما صرحا بالمعاوضة فانه أبرأه عن الخمسمائة بشرط أن يسلم له بصفة
 الجودة فيما بقي ومعاوضة الدراهم بالجودة لا يجوز ومع التصريح بالمعاوضة لا يمكن حمله على
 البراءة المبتدأة كما اذا باع درهما بدرهمين لا يجعل أحد الدرهمين هبة ليحصل مقصودهما واذا
 كان لرجل علي رجل ألف درهم فصالحه منها على مائة درهم على أن يبيعه بها هذا الثوب أو
 على أن يؤجره بها هذه الدار أو صالحه منها على عبد بعينه على أن يشتريه منه فهذا فاسد انتهى
 النبي صلى الله عليه وسلم عن صفتين في صفقة وقد بينا أن الصالح في معنى البيع واشترط بيع
 أو اجارة في البيع يكون مفسدا له وكذلك لو صالحه منها على دار وشرط أن يسكنها الذي عليه
 الدين سنة أو على عبد وشرط خدمته سنة فهو فاسد لانه شرط الاجل في تسليم العين
 أو شرط أحد المتعاقدين منفعة لنفسه من ملك صاحبه وذلك مفسد للبيع والاجارة فكذلك
 يفسد الصالح ولو ادعى رجل في غم رجل دعوى فصالحه منها على صوفها الذي على ظهورها
 أن يجزه من ساعته فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يجوز في قول محمد رحمه الله
 لان المصالح عليه اذا كان معينا فهو كالبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم باطل فكذلك الصالح
 (الآ ترى) انه لو صالحه على صوف على ظهر شاة أخرى بعينها لم يجز لهذا المعنى وأبو يوسف
 رحمه الله يقول تصحيح هذا الصالح باعتبار زعم المدعى ممكن لانه يزعم أن الصوف والشاة
 ملكه وانه ترك للمدعى عليه بعض ملكه ويبقى في الصوف لا ان تملكه ابتداء وذلك

جائز وقد بينا أن الصالح على الإنكار مبنى على زعم المدعي وإن من أصل أبي يوسف رحمه الله أنه إذا أمكن تصحيح الصالح بوجه ما يجب تصحيحه لقطع المنازعة بخلاف ما إذا صالحه على صوف على ظهر شاة أخرى ولو صالحه على ألبانها التي في ضرعها أو على ما في بطونها من الولد فهو باطل أما عند محمد رحمه الله فلا ن هذا بمنزلة البيع وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلا ن إنما يمكن تصحيح هذا الصالح بطريق إبقاء ملكه في بعض الدين واللبن في الضرع والولد في البطن ليس بدين مل منقوم ووجوده على خطر فربما يكون انتفاع البطن والضرع بالربح بخلاف الصوف على ظهر النعم فهو مل متعين منقوم مملوك فتصحيح الصالح بطريق إبقاء الملك فيه ممكن ولو ادعى في أجرة في يدي رجل حقا فصالحه على أن يسلم صيدها للمدعي سنة فهذا فاسد لأنه مجهول ووجوده على خطر وكذلك لو صالحه على ما فيها من الصيد إذا كان ذلك لا يوجد إلا بصيد وإن كان محظورا لأنه غير مملوك لأحد ويمنع لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ضرية القانص ونهى عمرو بن مسعود رضي الله عنهما عن بيع السمك في الماء وإذا كان الصيد محظورا وهو يؤخذ بغير صيد كان الصلح جائزا وله الخيار إذا رآه بمنزلة البيع وقيل تأويله إذا أخذتم السمك في الماء أو دخل الأجرة مع الماء ثم منع من الخروج بسد فوهة الأجرة فيكون ذلك بمنزلة الأخذ الموجب للملك ولكنه غير مرفى فأما إذا دخل الأجرة مع الماء ولم يسد فوهة الأجرة فلا يجوز بيعه لأنه لم يصير مملوكا لصاحب الأجرة بالدخول في أجرته ما لم يأخذه . ولو ادعى في عبد دعوى فصالحه من ذلك على مخاتيم دقيق معلومة من دقيق هذه الخنطة أو على إرتال من لحم شاة حية لم يجز لأنه لا يجوز بيع شيء من ذلك أما لأنه ممدوم في الحال أو لأنه يحتاج في تسليمه إلى بضع البنية وذلك مانع من جواز العقد وكذلك لو صالحه على عبد آبق فإن الآبق لا يجوز بيعه لأن ماله ثاوية بالآبق وهو غير مقدور التسليم فكذلك الصالح عليه ولو ادعى قبل رجل مائة درهم وكر خنطة سألما فصالحه من ذلك على عشرين دينارا لم يجز إذا كان رأس المال دراهم لأن في حصة الخنطة هنا استبدال بالمسلم فيه فيبطل لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ إلا سلك أو رأس مالك والمقد صفة واحدة فإذا بطل بعضه بطل كله عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر وأما عندهما فالصالح كذلك وقد ينسأه في الكتاب وهذا لأن مبنى الصلح على الخط والانغماض والتجوز بدون الخط وربما يكون ذلك في البعض دون البعض فبعد ما بطل في البعض لا يمكن تصحيحه

فما بقي وان كان رأس المال خمسة دنانير فصالحه منها علي عشرين دينارا خمسة منها رأس مال السلم جاز لان في حق السلم هذا صالح على رأس المال وما وراء ذلك بمقابلة المائة وهو صرف مقبوض في المجلس ويكون جائزا وذكر عن أبي اسحاق الشيباني رحمه الله قال سألت عبد الله بن مغفل وفي رواية مغفل عن رجل كان لي عليه عشرة اكرار حنطة فاشتريت بها منه أرضا فقال لي خذ رأس مالك وانما أورد هذا لبيان أن الاستبدال بالسلم فيه قبل القبض لا يجوز ثم عندنا بقي عليه طعام السلم بحاله آن الشراء والصالح اذا بطل صار كالمعوم وكأنه ذهب الي انهما قصدا اسقاط طعام السلم الي عوض فيعتبر قصدهما بحسب الامكان ورد رأس المال متعين لذلك ولكن ما ذكرنا أقوى وعن طاوس رحمه الله قال أسلم رجل الي رجل في حلل دق فأراد أن يعطيه حلل جل كل حلتين بحلة فسأله ابن عباس رضي الله عنهما عن ذلك فكرهه وبه نأخذ فان هذا استبدال بالسلم فيه لان الثياب من أنواع مختلفة وأجناس مختلفة وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مافي بطون الانعام وعن مافي ضروعها الا مكيلا يعني الا مكيلا بعد الحلب وعن بيع العبد الآتي وعن بيع ضرية القانص وعن بيع الصدقة حتى تقبض وعن بيع المنعم حتى يقسم وبذلك كله نأخذ فان بيع نصيبه قبل القسمة باطل لانه بيع قبل الملك وكذلك بيع الصدقة قبل القبض وبيع ضرية القانص وبيع العبد الآتي باطل للمجزع عن التسليم وبيع مافي بطون الانعام ومافي ضروعها باطل للفرار والجهالة وعن محمد بن زيد قال سألت ابن عمر رضي الله عنهما فقلت اني أسلمت الي رجل ألف درهم وقال ان أعطيتني برا فبكذا وان أعطيتني شعيرا فبكذا فقال سم في كل نوع وزنا فان أعطاك فذاك والا فخذ رأس مالك وبه نقول اذ مثل هذه الجهالة والتردد يمنع صحة السلم وانه لا يأخذ بطريق الصالح الا سلمه أو رأس ماله وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه نهى عن بيع اللبن في الضرع والحمل في البطن وان صالحه عن سلمه علي رأس ماله ثم صالحه من رأس المال علي شيء آخر يدا بيد لم يجز ذلك لان حال رب السلم مع السلم اليه بعد الاقالة كحال السلم اليه مع رب السلم قبل قبض رأس المال وكما ان الاستبدال برأس المال قبل القبض لا يجوز فكذلك بعد الاقالة قبل الرد الا انهما يفرقان من حيث ان قبض رأس المال واجب في المجلس وبعد الاقالة لا يجب قبض رأس المال في المجلس وكان ذلك بمعنى الدينية فان الدين بالدين حرام أو لمقتضى لفظ السلم فهو أخذ عاجل

بأجل وذلك غير موجود في الاقالة وليس من ضرورة كونه غير مستحق القبض في المجلس جواز الاستبدال به كالمسلم فيه وعن زفر رحمه الله الاستبدال بعد الاقالة جائز لانه دين سبب وجوبه القبض فيجوز الاستبدال به كبديل القرض والغصب وهذا هو القياس ولكنا تركناه لما بينا ولقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا لاسمك أو رأس مالك فلو جوزنا الاستبدال برأس المال بعد الاقالة كان آخذا غير سلمه وغير رأس ماله وذلك ممتنع شرعا ولو أسلم رجل الى رجل دراهم في شيء سلمنا فاسدا وتفرقا كان له أن يأخذ بدراهمه مابدا له يدا بيد لانه دين سبب وجوبه القبض وعقد السلم كان باطلا في الاصل وانما يلزمه رد المقبوض باعتبار القبض والاستبدال ببديل القرض فان جعله في شيء من الوزن الى أجل مسمى فهو فاسد لانه دين بدين فالمقبوض صار مملوكا له مع فساد العقد بالقبض ومثله صار ديننا في ذمته فالسلم يضاف الى ذلك الدين ولو ادعى عبدا في يد رجل ثم صالحه منه على دراهم أو دنائير مؤجلة والعبد قائم أو هالك فهو جائز لانه ان كان قائما بعينه فهو بيع العبد بثمن مؤجل في زعم المدعي وان كان هالكا فالواجب هو القيمة والقيمة دراهم أو دنائير فهذا تأجيل في بدل المنصوب وذلك جائز وقد بيناه في الصرف وان صالحه على طعام مؤجل جاز ان كان العبد قائما بعينه لان الطعام متى كان ديناً بمقابلة العبد يكون ثمناً ولم يجوز ان كان هالكا أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فظاهر لان الواجب هو القيمة فيكون بالثمن ما ليس عنده لان الطعام اذا قوبل بالدراهم والدناير يكون مبيعا وعند أبي حنيفة رحمه الله ما يقع الصلح عليه يكون بدلا عن العبد على ما بيناه في الصلح عن المنصوب الهالك على أكثر من قيمته انه جائز عنده ولكن العبد الهالك في معنى الدين لان ما لا يمكن الوقوف على عينه فهو دين فيكون ذلك ديناً بدين فلهذا كان فاسدا ولو لم يكن فيه أجل جاز ان كان بعينه أو بغير عينه فدفعه اليه قبل أن يتفرقا عن عين بدين وذلك جائز وهو دليل لأبي حنيفة رحمه الله فانه لو كان ما يقع عليه الصلح بدلا عن القيمة لم يجوز وان قبض في المجلس اذا كان ديناً عند المقر لانه يبيع ما ليس عند الانسان وان فارقه قبل أن يقبضه ولم يكن بعينه والعبد هالك بطل لانهما افرقا عن دين بدين وكذلك ان صالحه على ثياب مؤجلة والعبد هالك لم يجوز لانه دين بدين وهو فاسد شرعا والله أعلم بالصواب

باب المهايأة

(قال رحمه الله) اعلم بأن القياس يأبى جواز المهايأة لأنها مبادلة المنفعة بجنسها وكل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته ولكن تركنا القياس وجوزناه للكتاب والسنة * أما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهايأة * وأما السنة فما روى أن الرجل الذي خطب تلك المرأة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه ماذا تصدقها قال نصف ازاري هذا قال صلى الله عليه وسلم ما تصنع بازاءك ان لبسته لم يكن عليها منه شيء وان لبسته لم يكن عليك شيء وهذا تفسير المهايأة ولأن المنافع يجوز استحقاقها بالعقد بعوض وبغير عوض كالأعيان ثم القسمة في الأعيان المشتركة عند امكان التعديل جائزة فكذلك في المنافع المشتركة ولهذا يجبر القاضى الشركاء على المهايأة اذا طلب ذلك بعضهم وأبى البعض والذي أبى لم يطلب قسمة العين والاصل أن اختصاص العقد باسم لا اختصاصه بحكم يدل عليه معنى ذلك الاسم فقسمة المنافع لما اختصت باسم المهايأة فذلك دليل على اختصاصها بمعنى يدل عليه هذا الاسم وهو أن وصول نصيب أحدهما اليه يسبق وصول نصيب الآخر اليه بخلاف قسمة العين وهذا العقد ليس كالأجارة في جميع الأحكام لأن في الاجارة يستحق منفعة العين بالعقد وهما ما يستوفيه كل واحد منهما بل يجعل في الحكم كأنه منفعة ملكه على ما هو موضوع القسمة من العين وكوز معنى المداوضات فيه يباع وليس في عين الجارية أيضا لهذا المعنى ولأن العارية لا يتعلق بها الاستحقاق ويتعلق بالمهايأة فمن هذا الوجه تشبه الاجارة ولكن الاستحقاق في المهايأة دون الاستحقاق في الاجارة على معنى ان هناك لا ينفرد أحدهما بالفسخ بغير عذر وهنا يملك أحد الشريكين فسخ المهايأة بطلب القسمة لأن الاصل فيما هو المقصود وهو تمييز الملك قسمة العين والمهايأة خلوعه (ألا ترى) ان في الابتداء لو طلب أحدهما قسمة العين لم يشتغل القاضى بينهما بالمهايأة فكذلك في الانتهاء اذا طلب ما هو الاصل وهو قسمة العين لا تستدام المهايأة بينهما ثم العارية والاجارة تبطل بموت أحدهما وقسمة الشركة تبطل بموت أحدهما عند محمد وعند أبي يوسف رحمه الله لا تبطل والمهايأة لا تبطل بموت أحد الشريكين لانا لو أبطلناها احتجنا الى اعادتها فالشريك الحى أو وارث الميت طالب لذلك ولا فائدة في نقض شيء يحتاج الى اعادته في الحال ثم المهايأة قد تكون بالمكان وقد تكون بالزمان فصورة

المهاياة بالمكان فيما بدى الباب به قال دار بين رجلين تهايا فيها على أن يسكن كل واحد منهما منزلا معلوماً وأن يواجر كل حصه منزله فهو جائز ولا حاجة الى بيان المدة في صحة هذا العقد لان المهاياة قسمة المنفعة المشتركة وفي قسمة العين لا حاجة الى بيان المدة فكذلك في قسمة المنفعة المشتركة ولان الحاجة الى بيان المدة في الاجارة لمعرفة مقدار ما يستحق من المنفعة من تلك العين على وجه به تنقطع المنازعة وكل واحد منهما هنا يستوفي المنفعة باعتبار انه ملكه والمنازعة تنقطع ببيان منزل لكل منهما ثم ان كانا شرطاً في المهاياة أن يواجر كل واحد منهما منزله فذلك جائز وان لم يشترطاً في ظاهر المذهب لكل واحد منهما أن يفعل ذلك في نصيبه وما يستوفي من الغلة حلال له وكان أبو علي النشاشي رحمه الله يقول ليس لكل واحد منهما الا ما شرط لان كل واحد منهما منفع بنصيب صاحبه حقيقة فالمنزل الذي في يده مشترك بينهما وليس ذلك بحكم المعاوضة بينهما لان معاوضة المنفعة بجنسها لا يجوز فعرفنا أن ذلك بطريق الاباحة والاعارة والمستعير لا يواجر بمطلق العقد ووجه ظاهر الرواية أن المهاياة قسمة المنفعة فما يصيب كل واحد منهما من المنفعة يحمل مستحقاً له باعتبار قديم ملكه لان المنفعة جنس واحد لا يتفاوت بمنزلة القسمة في المكيل والموزون وهو يملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة له لامن جهة غيره سواء شرط ذلك أو لم يشترط وليس لأحدهما أن يحدث في منزله بناء ولا ينقصه ولا يفتح باباً في حائط ولا كوة الا برضا صاحبه لان العين تبقى مشتركة بينهما كما كانت قبل المهاياة وأحد الشريكين لا يستبد بشئ من هذه التصرفات في الملك المشترك ما لم يرض به صاحبه وبالمهاياة انما تثبت القسمة في المنفعة فقيماً ليس من المنفعة حالهما بعد المهاياة كما قبلها وكذلك لو تهايا على أن يكون السفلى في يد أحدهما والعلو في يد الآخر لان كل واحد منهما مسكن بمنزلة المنزلين في علو أو سفلى وكذلك التهايو في الدارين على السكنى والغلة جائز وكان الكرخي رحمه الله يقول المراد اذا تراضيا عليه فأما عند طلب بعض الشركاء فالقاضي لا يجبر على ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله بمنزلة القسمة للعين وقد بينا في كتاب القسمة ان قسمة الجبر لا تجرى في الدور عند أبي حنيفة رحمه الله بهذه الصفة فكذلك التهايو والاظهر أن القاضي يجبر عليه عند طلب بعض الشركاء لان القسمة في المهاياة تلاقى المنفعة دون العين ومنفعة السكنى تقارب ولا تتفاوت الا يسيراً بخلاف قسمة العين فالمعادلة في المالية هناك معتبرة والدور

تختلف في المالية باختلاف المكان والجيران ولهذا كان لكل واحد منهما أن يؤجر ما في يده
وياً كل غلته لأن المنفعة سالمة له بهذه القسمة باعتبار قديم ملكه (ألا ترى) أن في الدارين إذا
غلت ما في يد أحدهما أكثر مما غلت ما في يد الآخر فليس لواحد منهما أن يرجع على صاحبه
بشيء بخلاف الدار الواحدة فهناك إذا تهايا فيها على الاستغلال فكانت غلة نصيب أحدهما في
نوبته أكثر فذلك الفضل بينهما لأن في الدارين معنى القسمة والتميز بالتراجع على معنى أن كل
واحد منهما يصل إلى المنفعة والغلة في الوقت الذي يصل إليه صاحبه فما يستوفيه كل واحد
منهما عوض عن قديم ملكه يستوجبه بمقداره فيسلم له وفي الدار الواحدة كل واحد منهما بمنزلة
الوكيل من صاحبه في اجارة نصيبه في نوبته إذا تهايا على الاستغلال فأنما يكون ذلك بالزمان
وأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها وذلك لا يكون قضية القسمة فلا بد أن يحمل
كل واحد منهما بمنزلة وكيل عن صاحبه وما يقبضه كل واحد منهما عوض عما يقبض صاحبه
من عوض نصيبه فعند التفاضل يثبت التراجع فيما بينهما ليستويا ويوضح هذا أن الفرق على
ما ذهب إليه الكرخي رحمه الله أن في المهايأة في الدارين يعتمد التراضي عند أبي حنيفة
رحمه الله ظاهر وعندهما قسمة الجبر في الدارين عند أبي حنيفة رحمه الله لا تجرى إلا إذا
رأى القاضي المصلحة فيه وعند التراضي يسلم لكل واحد منهما ما رضى به صاحبه وفي الدار
الواحدة لا يمتد التراضي في المهايأة فلا بد من اعتبار المعادلة فيما هو المقصود بالمهايأة فلهذا
يتراجعان فضل الغلة والمهايأة في النخل والشجر على كل الغلة باطل لأن غلة النخل والشجر
لا يجوز استحقاقها بمقدار الاجارة فلا تستحق بالمهايأة أيضا وهذا لانها عين تبقى بعد حدوث
ويتأني فيها قسمة العين وانما جواز المهايأة فيما لا يتأني فيها القسمة بعد الوجود حقيقة أو ما
يكون عوضا منه كغلة الدار ونحوها ولهذا لا يجوز المهايأة في النعم على الاولاد والالبان
والأصواف لانها عين تحتمل القسمة بعد الوجود حقيقة ولو ادعى في دار حقا فهنا على
أن ينزل بيتا منها من غير صلاح على أن يكف عن الخصومة حتى يبدو له أن يخدصم
على انه لا يستحق من سكنى البيت شيئا ولا يلزمه بخروجه حق فذلك جائز لأن ذا اليد أعاره
البيت والآخر ترك الخصومة زمانا ومثل هذا يجوز بالتراضي فيه ولا يتعلق به اللزوم وكل
واحد منهما على حجة إذا بدا له والتهايؤ على الخدمة في العبد الواحد تجوز على الزمان هذا
شهر وهذا شهر لأن اعتبار المعادلة في قسمة الخدمة بالزمان ممكن وذلك في العبد إذا تهايا

على أن يخدم هذا العبد أحدهما والعبد الآخر الآخر فذلك جائز أما عندهما فلان قسمة الجبر في الرقيق تجرى فكذلك في خدمة الرقيق وأما عند أبي حنيفة رحمه الله في الرقيق لا تجرى قسمة الجبر لان اعتبار المعادلة في المالية غير ممكن فانها تختلف بزمان باطنة لا يوقف على حدها وذلك لا يوجد في الخدمة والمهاياة في خدمة العبدین والمهاياة في خدمة العبد الواحد سواء ولو تهايتا على الغلة في العبدین لم يحز في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي العبد الواحد لا تجوز المهاياة في الغلة بالاتفاق فهم يقولون معنى القسمة والتميز يترجح في غلة العبدین لان كل واحد منهما يصل الى نصيبه في الوقت الذي يصل الى صاحبه فيجوز ذلك كما في المهاياة في الخدمة وفي غلة الدارين فأما في العبد الواحد فعنى المعاوضة يغلب لانه يصل أحدهما الى الغلة قبل أن يصل الآخر اليه وفيه معنى الخطر وربما يعرض العبد في نوبة أحدهما فيعجز عن الخدمة وربما يمتنع من الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضة مبطل له وبه فارق غلة الدار الواحدة لان باعتبار العادة هناك الغلة تسلم لكل واحد منهما في نوبته والغالب هو السلامة * توضيحه ان المهاياة في الغلة من وجه كالمهاياة في الخدمة لان الغلة بدل المنفعة ومن وجه كالمهاياة في غلة النخل لان ما يسلم لكل واحد منهما به عين فله شبه بالمهاياة في الخدمة جوزنا ذلك في العبدین لترجح معنى القسمة فيها ولشبهه بالمهاياة في غلة النخل أبطلنا ذلك في العبد الواحد وأبو حنيفة رحمه الله يقول المقصود بهذه المهاياة سلامة سبب ملك الحيوان فلا يجوز كالمهاياة في غلة العبد الواحد وكالمهاياة في أولاد النعم وألبانها وهذا لان التهايتي على الاستقلال لو كان يجوز في الرقيق لكان جوازه في العبد الواحد أولى لان معنى المعادلة والتميز فيه أظهر منه في العبدین فاذا لم يحز ذلك في العبد الواحد فأولى أن لا يجوز في العبدین وهذا لان آدمي في يد نفسه وربما لا يتقاد في الاستعمال وكل واحد منهما لا يتمكن من تحصيل ما هو المقصود بنفسه في نوبته أو فيما في يده من العبد وقيل هذه المسئلة تبني على اختلافهم في قسمة الرقيق فالمقصود لكل واحد منهما المالية هنا فأبو حنيفة رحمه الله لا يرى قسمة الجبر في الرقيق وهما يريان قسمة الجبر في الرقيق فكذلك في غلة الرقيق ولهذا لا تجوز المهاياة في غلة العبد الواحد عندهم جميعا لان القسمة لا تجرى فيه بخلاف المهاياة للخدمة فالمقصود هناك المنفعة دون المالية فجاز ذلك في العبد الواحد والعبدین واذا كانت جارية بين رجلين تخاف كل واحد منهما

صاحبه عليها فقال أحدهما تكون عندك يوما وعندى يوما وقال الآخر بل نضعها على يدي
عدل فاني أجمعها عند كل واحد يوما ولا أضعها على يدي عدل الا بتراضيهما لان اليد مستحقة
لكل واحد منهما كالمالك فكما لا يجوز ابطال ملك العين عليهما بطلب أحدهما فكذلك ابطال
ملك اليد وفي التعديل ابطال اليد على كل واحد منهما ولان ما يخاف كل واحد منهما موهوم
والموهوم لا يعارض المتحقق وباعتبار الملك المتحقق لكل واحد منهما يستحق العبد في نوبته
فلا يجوز ابطاله عن يد ما هو موهوم فان تنازعا فيمن يبدأ به في هذه المهايأة فالرأى في ذلك
الى القاضي يبدأ بأيهما شاء كما في القسمة والمهايأة في الخدمة والسكنى للقاضي أن يبدأ بأيهما
شاء علي وجه النظر دون الميل والاولى أن يقرع بينهما نفيا لتهمة الميل عن نفسه وقد بينا
أن فيما للقاضي أن يفعله بغير اقراع يستعمل القرعة لتطبيب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل
عن نفسه والتهايؤ على الركوب أو الغلة في الدابتين لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله فيما
يعلمه أبو يوسف رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في الغلة كالركوب جميعا
أما في الغلة فهو بناء على التهايؤ في غلة العبيدين وقد بينا ذلك وانما صحت الراوية هنا عن
أبي حنيفة رحمه الله فقال فيما يعلم أبو يوسف رحمه الله لان الدابتين في القسمة ليستا كالعبيدين
عند أبي حنيفة رحمه الله فقسمة الجبر في الدابتين تجوز ولا تجوز في العبيدين ولكن لما كان
المقصود أن ما يملكه كل واحد منهما بسبب ملك الحيوان يشبه هذا التهايؤ في النعم على الاولاد
والالبان فكذلك لا يجوز أبو حنيفة رحمه الله وأما الكلام في المهايأة في ركوب الدابتين
فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان منفعة الركوب في الدواب كمنفعة الخدمة في العبيد
والسكنى في الدار (ألا ترى) أن استحقاق ذلك بالاجارة يجوز وكذلك استيفاءه بالاعارة
فكما لا تجوز المهايأة في خدمة العبيدين فكذلك في ركوب الدابتين وأبو حنيفة رحمه الله يقول
جواز المهايأة في خدمة العبيدين باعتبار معنى المعادلة والتميز وذلك في ركوب الدابتين غير
ممکن فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة فرب راكب يروض الدابة ويثقلها الآخر ولهذا
لو استأجر دابة أو استعارها ليركبها هو لم يكن له أن يركب غيره وبهذا الطريق يتعذر اعتبار
معنى المعادلة بين الشريكين في الانتفاع بالدابتين ركوبا بخلاف الخدمة والسكنى وذلك لا يختلف
باختلاف المستوفي (ألا ترى) أن من استأجر عبدا للخدمة كان له أن يؤاجره من غيره
واذا ثبت بهذا الطريق أن التهايؤ على الدابتين في الركوب لا يجوز ثبت في الغلة بالطريق

الاولى لان استقلال الدواب بالاجارة ممن يركبها وذلك غير معلوم عند المهايأة والضرر على كل دابة يختلف باختلاف من يركبها فلهذا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التهاؤ في ركوب دابة واحدة لانهما لا يجوز ان التهاؤ في غلة دابة واحدة كما لا يجوز ان في غلة عبد واحد والتهاؤ في النعم على الابان والأولاد لا يجوز لان ذلك يزيد وينقص ووجود أصله على خطر وكل واحد منهما لا يتمكن من تحصيل ما هو المقصود لنفسه فيما في يده والتهاؤ في دار وعبد على السكني والخدمة جائز لان ما هو المقصود لكل واحد منهما يجوز استحقاقه بالمهايأة عند اتحاد الجنس فعند اختلاف الجنس أولى وعلى التلة باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو جائز في قولهما لان عند أبي حنيفة رحمه الله غلة العبد لا تستحق بالتهاؤ واعتبار هذا الجانب يبطل العقد واعتبار جانب غلة الدار يصححه ويمكن المفسد من أحد الجانبين بفساد العقد كما لو باع دارا بألف درهم ورطل من خمر ولو تهاؤا في أرض على أن يزرع كل واحد منهما طائفة منها معلومة وبوأجرها جاز بمنزلة السكني في الدار ولهما أن يبطلا المهايأة ويقسما اذا بدلها أو لاحدهما لما بينا أن قسمة العين هو الاصل في الباب وتمايز التمييز يحصل وورثتهما في ذلك بمنزلة لقيام الوارث مقام المورث فيما هو من حقه وكذلك المهايأة في دار وأرض على أن يسكن هذا الدار ويزرع هذا الارض وكذلك المهايأة في دار وحمام لان كل واحدة من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة ولو كانت المهايأة في منزل واحد على أن يسكن أحدهما سفله والآخر علوه فانهدم العلو كان لصاحبه أن يسكن مع صاحب السفلى لانه انما رضي بسقوط حقه عن سكني السفلى بشرط سلامة سكني العلو ولم يسلم له حين انهدم فكان هو على حقه في سكني السفلى باعتبار ملك نصيبه وورثته في ذلك بمنزلة وان كانا تهاؤا على الخدمة في عبد أو أمة أو في عبد وأمة على أن تخدم الأمة أحدهما والعبد الآخر واشترطا على كل واحد منهما طعام خادمه ففي القياس هذا لا يجوز لان مقدار ما يتناول من الطعام في نوبة كل واحد منهما غير معلوم والآدمي قد ينشط للأكل في وقت ولا ينشط في وقت آخر والطعام عليهما سواء لاستواء ملكيهما فيه فلا يمكن في هذا الشرط معاوضة بينهما فيما هو مجهول وفي العبد والأمة هذا القياس أوضح ولكن استحسن جواز ذلك لقلة التفاوت واعتبار ما عليه عادة الناس من المساهلة في أمر الطعام وان اشترطا الكسوة بهذه الصفة لم يجز لكثرة التفاوت في الكسوة ولانه لا يجري في الكسوة من المساهلة ما يجري في

الطعام ثم كل واحد منهما بما يتناول يتقوى على الخدمة فالظاهر أن كل واحد منهما لا يمنعه من التناول بقدر الكفاية لماله فيه من المنفعة والجمالة اذا كانت لا تنفضى الى المنازعة لانفسد المقد ولا يوجد ذلك في الكسوة اذ ليس للكسوة تأثير في احداث القوة على زيادة الخدمة فان أقتا من الكسوة شيئا معروفا لم يجز ذلك لان التفاوت يقل وينعدم بعدم بيان الوصف والمنازعة تنقطع به ولان معنى المعاوضة هنا فيما لا يتم معنى اللزوم فيه فانه بناء على المهايأة وقد بينا أن حكم اللزوم لا يتم بالمهايأة وفي مثله البيان الموصوف يثبت بالقسمة كما في الصداق ونحوه ولو كانت غم بين رجلين فنهايتا على أن يرعاها كل واحد منهما شهرا أو على أن يستأجر لها أجيرا جاز لان الرعى في الدواب بمنزلة الطعام في بني آدم أو أظهر منه فالتفاوت ينعدم هنا والحر والعبد في ذلك سواء وولي الصغير بمنزلة الصغير في ذلك لانه من جملة حوائجه يرجع الى اصلاح ملكه وهو من صنع التجار ولو نهايتا على الخدمة في الامتين ثم وطىء أحدهما الامة التي عنده فملقت فسدت المهايأة لانه تملك نصيب شريكه حين استولدها بضمان نصف القيمة وكما لا يصح ابتداء المهايأة الا بعمل مشترك فكذلك ما لا يبقى ولا شركة بينهما فيها بعد ما استولدها أحدهما وكذلك لو ماتت أو أبتت انتقضت المهايأة لانه انما رضى بسلامة خدمة الأخرى لشريكه بشرط أن يسلم له خدمة التي هي في يده وقد فات ذلك بموتها أو بإبائها ولو استخدمها الشهر كله الا ثلاثة أيام في أول الشهر ثم مرضت أو أبتت نقصت الآخر من شهره ثلاثة أيام باعتبار المعادلة فيما يستوفيه كل واحد منهما من منفعة الملك المشترك ثم يستقبلان المهايأة ولو لم ينقص الثلاثة أيام حتى تم الشهر في خدمته لم يكن له عليه في ذلك شيء لانه انما فضل صاحبه في استيفاء بعض الخدمة والخدمة لا تقوم الا بالمقد بالتسمية وكذلك لو أبتت احدهما الشهر كله واستخدم الآخر الاخرى الشهر كله لم يكن عليه في تلك الخدمة ضمان ولا أجر لان المنفعة لا تقوم بالاتلاف (الأتري) انه لو استخدم الامة المشتركة أحدهما من غير رضا الشريك لا على وجه المهايأة لم يلزمه في ذلك ضمان لصاحبه بمنزلة الفاصب ولو عطبت احدهما في الخدمة لم يضمها صاحبها لان كل واحد منهما أمين في نصيب صاحبه مما في يده وانما يستخدمها باذن صاحبه فيكون هو في ذلك كالمستأجر أو المستأجر ولو زوجها من هي في يده لم يجز ذلك لان التزويج تصرف يعتمد الولاية وثبوت الولاية بملك الرقة وملك الرقة لكل واحد منهما غير تام فافى يده بعد

المهاياة كما قبلها فان وطئها الزوج فالمر بينهما لان المهر بدل المستوفى بالوطء وذلك في حكم جزء من المين كالارش فأما الذي زوج فله الاقل من نصف المسمي ومن نصف مهر مثلها لانه رضى بسقوط حقه في ما زاد على المسمي ورضاه معتبر في حقه وأما الذي لم يزوج فله نصف مهر مثلها لانه لم يرض بسقوط حقه عن شيء منه بالقسمة وعلى هذا السكنى في المنزل فانه لو انهدم من سكنى أحدهما أو احترق من نار أو قدها فيه لم يضمن لانه بمنزلة المستعير أو المستأجر ولو توطأ فيها فزاق رجل بوضوئه أو وضع شيئاً فيها أو جلس فيها أو ربط فيها دابة فمهر به انسان من أهل الدار أو غيرهم لم يضمن لان هذا كله من توابع السكنى (الأتري) أن للمستعير والمستأجر أن يفعل ذلك ففعل كل واحد منهما بتسليط شريكه كفعلهما جميعاً ولو بنى فيها بناء أو احتقر فيها بئراً فهو ضامن ويرجع عليه بقدر حصته لان هذا التصرف ليس من توابع السكنى فلا يستحقه بالمهاياة فكان هو متعدياً في نصيب شريكه والسبب متى كان بطريق التعدي فهو كالباشرة في إيجاب الضمان وانما يتحقق ذلك في نصيب شريكه دون تضييع فهذا يرجع بقدر حصته وإذا تهايا الرجلان في خادمين على أن يخدم أحدهما هذا سنة لفضل خدمتها والأخرى هذا الآخر سنتين فهو جائز لوجود التراضي منهما وحصول المقصود وهو المادلة في الخدمة فان ولدت أحدهما ولداً ومدة المهاياة طويلة فشب الولد فيها كانت خدمته بينهما لان استحقاق الخدمة بالمهاياة لا يسرى الى الولد بمنزلة استحقاق ذلك بالوصية أو الاجارة فالولد تولد من المين فيكون مشتركاً بينهما كالأصل ولم تتناوله المهاياة مقصوداً ولا تبعاً فكانت خدمته بينهما كخدمة الأصل قيل وإذا مات أحد الشريكين وعليه دين لم يكن لورثته أن ينفذوا المهاياة ولكن نصيبه يباع في دينه لان حق الفرء يتعلق بمالية نصيبه بموته وهو مقدم على حق ورثته فكما لا يجوز للورثة مباشرة ابتداء المهاياة مع قيام الدين على الميت فكذلك لا يكون لهم استدامة المهاياة ولو باع أحدهما نصيبه من إحدى الخادمين أو أعتقه نفذ تصرفه وبطلت المهاياة لان شركته لم تبق بعد ما نفذ بيعه فيه وعتقه وإذا كاتب أحدهما نصيبه فلشريكه أن يبطل المكتابة لدفع الضرر عن نفسه فان لم يعلم بها حتى أدت بطلت المهاياة ولو باع أحدهما نصيبه بيعاً فاسداً ولم يسلم لم تبطل المهاياة وهو الشركة في الأصل وان سلم بطلت المهاياة لزوال ملكه عن نصيبه وفي البيع الجائز بنفس المقد زول ملكه فبطلت المهاياة سلم أو لم يسلم وكذلك لو كان المشتري

بالخيار لان ملك البائع يزول مع خيار المشتري وان كان البائع بالخيار لم تبطل المهايأة الا أن
يمضى البيع لان خيار البائع يمنع زوال ملكه عن البيع في المدة ما لم يسقط الخيار والله تعالى
أعلم بالصواب

باب صلح الأب والوصى والوارث

(قال رحمه الله) واذا كان للصغير دار أو عبد فادعى رجل فيه دعوى فصالحه أبوه
على شيء من مال الصبي ينظر في ذلك فان كان للمدعي بينة وكان ما أعطى الأب من مال
الصبي مثل حق المدعي أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان سبب الاستحقاق للمدعي
ظاهر شرعا فالأب بهذا الصالح يصير كالشترى لتلك العين لولده بماله والأب غير متهم في
حق ولده فعند ظهور الحق للمدعي بالبينة انما يقصد الاب النظر للصبي وربما يكون له في العين
منفعة لا يحصل ذلك بقيمته وان لم يكن له بينة لم يجز الصلح من الصبي لان المدعي ما يستحق
شيئا على الصبي بمجرد دعواه سوى الاستحلاف ولا يستحلف الأب ولا الصبي في حال
الصغر وانما يستحلف اذا بلغ فالأب يفدى هذه العين بمال الصغير والا فاليمين ليست بمتمومة
وليس للأب ولاية دفع مال الصبي بازاء ما ليس بمتموم فان صالح من مال نفسه فهو جائز
بمنزلة أجنبي آخر صالح على مال نفسه وضمن ولو ادعى الأب حقا للصبي في مثل ذلك ثم
صالحه منه على شيء وقبضه وهو مثله أو أقل مما يتغابن الناس فيه جاز كما لو باعه ممن هو في
يده وان كان أقل منه بشيء كثير لم يجز ان كانت له بينة لان سبب استحقاق الصبي ظاهر
شرعا بالحجة فهو بهذا الصلح كأنه يبيع ماله بغير فاحش وان لم تكن له بينة على حقه فالصلح
جائز لان الصبي ما يستحق قبل ذى اليد شيئا سوى اليمين ولا منفعة للصبي فالأب جعل
مالا بمقابلة ما ليس بمال وهو غير متهم في هذا بل هو ناظر للصبي بتصوير ما ليس بمال في حقه
مالا ووصى الأب في هذا بموت الاب كالأب وكذلك الجد ووصى الجد ولا يجوز صلح
غير هؤلاء كالأخ والأخت على الصبي ولا عنه لانه لا ولاية له عليه فهو في الصلح في حقه
كالأجنبي والممتوه بمنزلة الصبي لانه مولى عليه ولو كان للصبي دين على رجل فصالحه أبوه
على بعض وحط عنه بعضا فان كان الاب هو الذى ولي مبايعته جاز الحط في قول أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وهو ضامن لما حطه ولا يجوز في قول أبي يوسف رحمه الله وهو نظير

اختلافهم في الوكيل بالبيع وان لم يكن ولي مبايعته لم يجوز حظه وكذلك الوصى لان ثبوت
الولاية لهما مقيد بشرط النظر للصبي وليس من النظر اسقاط شيء من حقه بالخط فهما في
ذلك كأجنبي آخر ولو ادعى الوصى شقضا في دار فجده رب الدار فصالحه على دراهم قبضها
جاز ذلك ان لم يكن لهم بينة على الاصل وكانوا صغارا وكبارا لان الوصى قائم مقام الوصى
وفي هذا الصلح نظر للموصى عليه فهو بالدعوى ما استوجب على الخصم الا اليمين ولان منفعة في
مال يقضي به دينه ويستغنى به ورثته وان كانت لهم بينة عليه وكان ما قبض مثل قيمة ذلك
أو أقل مما يتغابن الناس فيه جاز عليهم جميعا في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في قولهما
على الكبار في حصتهم الا برضاهم وهو نظير اختلافهم في بيع الوصى شيئا من التركة وفي
الورثة صغار وكبار وقد بينا ذلك في الشفعة ويستوى عندهما ان كانت لهم بينة أو لم تكن
لانه لا ولاية للوصى على الكبار من الورثة فهو في حقهم كأجنبي آخر وصلاح وصي الأم
والأخ على الصبي مثل صالح وصى الأب في غير المقار لان فيما سوى المقار للوصى ولاية
البيع في تركة الموصى فكذلك له ولاية الصلح فأما في المقار فليس له ولاية البيع فيما صار
للصغير من هذه التركة كما لم يكن للموصى ذلك في ملك الصبي ولا يجوز صاحبه فيه أيضا
وكذلك لو كانت الورثة كبارا وصغارا فصلح الوصى فيما سوى المقار جائز عليهم بشرط
النظر كما لا يجوز بيعه فيه للحفاظ عليه واذا كان على الميت دين أو وصى بوصية فصالح الوصى
من دعوى له في دار فهو على ما ذكرنا في الورثة اذا كانوا صغارا لان باعتبار الدين والوصية
يثبت للوصى في الولاية للميت حتى يجوز بيعه في جميع التركة عند أبي حنيفة رحمه الله
فكذلك الصلح واذا ادعى الوارث الكبير على الوصى ميراثا من صامت أو رقيق أو أمة
فجده ثم صالحه من جميع ذلك على عبد أو ثوب معلوم جاز لوجود التراضي منهما على ما
اصطلحنا عليه وكذلك لو قال افتدى منك يعني بذلك لان الصلح على الانكار فداء لليمين
بالمال ولا فرق بين لفظ الفداء وبين لفظ الصلح فيه وان كانا وارثين ادعيا ذلك قبله فصالح
أحدهما على عرض من غير اقرار لم يكن للآخر أن يرجع على الوصي بشيء لانه بالصلح على
الانكار لم يصير مقرا له بشيء وانما فدى يمينه والآخر أن يستحلفه ان شاء لان حق
الاستحلاف كان ثابتا لهما فاسقط ذلك أحدهما بالمال فصح ذلك في حقه وفي حق الآخر
لا يصح الا برضاه فان أبي فهو على حقه في الاستحلاف وان أراد أن يشارك أخاه فيما

قبض فله ذلك باعتبار انه صار راضيا بالصلح فكأنهما صالحاه وهذا اذا كان مادعياه مستهلكا لان الصلح مبنى على زعمهما في حقهما وفي زعمهما أن قيمة ذلك دين على الوصى مشترك بينهما وأحد الشريكين في الدين اذا صلح على شيء كان للآخر أن يشاركه في المقبوض الا أن يعطيه نصف ما ادعى من ذلك فان كانت الورثة صفارا وكبارا وصالح الوصى الكبار من دعواهم ودعوى الصغار على دراهم وقبضها الكبار وأنفقوا على الصغار حصتهم من ذلك فان ذلك لا يجري على الصغار لانه لا ولاية للكبار على الصغار وللصغار أن يرجعوا بحصتهم على الوصى اذا أدركوا ويرجع الوصى على الكبار بحصة الصغار مما أخذوا لانهم يزعمون أنهم أخذوا المال عوضا عن الكل وقد استحق الصغار نصيبهم على الوصى فكان لهم أن يرجعوا بحصة ذلك من المأخوذ من الكبار واذا أقر الوصى أن لأحد الورثة عنده من ميراثه كذا وكذا درهما فأراد بقية الورثة أن يرجعوا على الوصى بحصتهم كما أقر لهذا لم يكن لهم ذلك ولكن ما أقر بهذا فهو بينهم على الوارث لان الوصى أمين فيما في يده من التركة والقول قول الامين في براءة نفسه ولكن لا يقبل قوله فيما يدعي من وصول المال الى غيره كالمودع اذا ادعى الرد على الوصى فهذا أيضا قول الوصى فيما يرجع الى براءته مقبول سواء ذكر انه سلم نصيب الكبار اليهم أو ان ذلك لم يصل الى يده ولكن لا يقبل قوله في اسقاط حق الكبار عما أقر به للصغير لان ذلك جزء من التركة وهو مشترك بينهم باعتبار الاصل فلا يقبل قول الوصى في تخصيص أحدهم به ولكن يجعل ماسوى هذا من التركة كالنأوى فتبقى الشركة بينهم في هذا واذا أقر الوصى أن عنده للميت ألف درهم وللميت ابنان ثم صالح أحدهما من حصته على أربعمئة درهم من مال الوصى لم يجز لانه أعطاه أقل من حصته وقد بينا في الدين ان مثل هذا الصلح يجوز بطريق الاسقاط وهنا لا يمكن تصحيحه بطريق الاسقاط لانه عين في يد الوصى أمانة فلا بد من حمله على معنى المعاوضة ومبادلة الخمسة بأربعمئة لا يجوز وكذلك لو كان مع الالف متاع فالعلة المفسدة هنا أظهر ولو أن الوصى استهلك ذلك جاز الصلح على أربعمئة لان ما استهلك صار دينا في ذمته فهذا حط عنه بمض حقه واستوفى البعض فيصح الصلح بطريق الاسقاط واذا مات الرجل وترك ابنا وامرأة وترك رقيقا وعقارا وأمتة فقبضها الابن واستهلكها أو لم يستهلكها ثم صالحته المرأة بعد اقرار أو انكار على دراهم مؤجلة أو حالة جاز ذلك وصلحها معه مثل صلح الأجنبي مع الأجنبي في الدعاوى لانها تدعى ميراثا

قبله فان كان مترا بذلك فالصالح على الاقرار جائز وما يطهرها عوض نصيبها ان كان قائما في يد الابن وان كان مستهلكا فهي قد استوفت بعض حتمها وأبرأه عما بقي وان كان منكرا لحتمها فالصالح مع الانكار صحيح بطريق القداء لليمين وقد بينا وجوه صالح بعض الورثة مع البعض واستوفينا جميع ذلك وقال فان كان في الميراث عين ودين فصالح الابن المرأة من ذلك كله ما خلا المال المين والدين فهو جائز لان ما جمل مستثنى لم يتناوله عقد الصالح فكان ذلك غير موجود في التركة أصلا فكما يجوز الصالح من جميع المدعى يجوز من بعضه فيصح وهي انما صالحته عن نصيبها من العروض والعقار خاصة وذلك جائز وان كتب في كتاب البراءة اني دفعت اليك جميع حصتك من المال المين فهو جائز اذا أقرت بالقبض وان كتب اني عجلت لك ميراثك من كل مال ديني على الناس من غير أن شرطت به على فهو جائز لان اقرارها على نفسها حجة شرعا وما أقرت به كالمعين في حقها فيرا التبرع من حصتها من الدين لان تبرع أحد الورثة بقضاء ذلك الوارث الآخر كتبرع أجنبي آخر ومطلق هذا التبرع يوجب براءة التبرع عنه واذا مات الرجل فأوصى بثلته لرجل وترك ورثته وفيهم الصغير والكبير فطلب الموصي له موصيه فصالحه بعض الورثة على دراهم مسماة على أن يسلم له ذلك خاصة دون بقية الورثة فان كان الميراث ليس فيه مال غائب ولا عين حاضرة يكون ثلثه مثل ذلك فاني أجز الصالح اذا كان المال المين في يد المصالح أو كان الميراث رقيقا أو عمارا لان الموصي له شريك الوارث في التركة فصالح الوارث معه كصالح أحد الوارثين مع الآخر وفي نظير هذا صالح أحد الوارثين مع الآخر على أن يكون نصيبه له صحيحا فكذلك صالح الوارث مع الموصي له فان كان في الميراث دين لم يجز ذلك لان ثلث ذلك الدين صار للموصي له بالثلث فهو يملك ذلك من الوارث يأخذ منه عوضه وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز وان كان عين ثلثه مثل ما أعطى أو أكثر لم يجز الصالح مراده بالمين النقد من الذهب والفضة واذا وقع الصالح على جنس ذلك ومقدار حقه من ذلك الجنس مثل ما استوفى أو أكثر فهذا الصالح يكون ربا وقد بينا فساد ذلك فيما بين الورثة فكذلك فيما بين الوارث والموصي له واذا كان المال المين في يد الموصي وكان ما أعطى الوارث الموصي له أكثر من ثلثه جاز ذلك اذا قبض الوارث ذلك من الموصي قبل أن يفرقا وان تفرقا قبل أن يقبض الوارث المال المين من يد الموصي ينقص من الصالح حصة المال المين لان المقد في تلك

الحصة قد صرف ويد الوصى يد أمانة فلا يصير الوارث قابضا بحكم الصرف بيد الوصى وإذا
افترقا قبل أن يقبض ذلك منه فقد افترقا من المجلس قبل قبض بدل الصرف فيبطل الصلح
في حصة ذلك ويجوز فيما سواه وكذلك إن صالحه على دنائير لأن في حكم الصرف ووجوب
القبض في المجلس لا فرق بين أن يكون العقد متاولا لجنس واحد من النقود أو جنسين
وإن صالحه على مكيل أو موزون بعينه جازلانه مشتر لهما وقع عليه الصلح بنصيبه من التركة
والمشترى معلوم معين وإن كان بغير عينه لم يجز لأنها صفقة واحدة وفي حصة العين من
التركة يبطل هذا الصلح لأنه يبيع ما ليس عند الإنسان فالمكيل والموزون بالدرهم يكون
مبيعا وإذا فسد في البعض فسد في الكل وإذا صالحه على ثياب موصوفة أو مؤجلة ثم تفرقا
قبل أن يقبض الوارث حصة الموصى له من المال المعين بطل من الثياب حصة المال المعين
لأن صفقة العقد في معنى السلم فيشترط قبض رأس المال في المجلس والى يكون ديننا بدين
وإن تفرقا قبل القبض بطل العقد في ملك الحصة ولكن هذا فساد طارئ فطريان المفسد
في البعض لا يفسد العقد في الباقي بخلاف المقارن وقد بينا نظيره في كتاب الصرف ولو كان
هذا الصلح في مال الوارث على أن يسلم الموصى له جميع موصيه من الورثة على سهامهم كان
القول فيه مثل ذلك في جميع ما بينا لأنه في الصلح في نصيب سائر الورثة هو متبرع عنهم
بأداء المال وذلك يصح منهم كما يصح من الفضولي فكأنهم صالحوه جميعا على ذلك وصالح
الوارث الموصى له وصالح الوارث سواء في جميع ما ذكرنا لأنهم في التركة شركاء وكذلك
لو كان الميراث في يد الموصى له فصالح الوارث على أن أعطاه دراهم على أن يسلم الوارث
ميراثه لأن الوارث يملك نصيبه من الموصى له بما يقبض منه من العوض فكما يجوز فيه صلح
الوارث مع الموصى له إذا كانت التركة في يده يجوز فيه صلح الموصى له مع الوارث أيضا ولو
كان الميراث ما لا معيننا ومتاعا وحليا وفيه جوهر لا يخلص إلا بضرر والوارث رجلان
كبيران وصغير له وصى ورجل موصى له فاصطاحرا على أن قوموا ذلك قيمة عدل وسموا
لاحد الكبيرين حليا بعينه ومتاعا ومالا وكذلك الآخر وللصغير والموصى له وأنفذوا ذلك فيما بينهم
وجعلوه لمصالحهم تلك القيمة ولم يتقاضوا لم يجز لأن العقد فيما يخص الحلي صرف وترك
القبض في المجلس يفسد فيه وذلك مفسد للعقد في حصة الجوهر أيضا لأنه لا يمكن تخليصه
إلا بضرر ومثل هذا كما لا يجوز البيع فيه ابتداء فكذلك لا يبيى العقد فيه بعد ما فسد في

حصة الحلى وقد بينا نظيره في الصرف في السيف المحلى ولو كان وارث منهم اشترى رقيقا ومتاعا بألف درهم ثم ان الوارث الآخر اشترى منهم حليا فيه جوهر بألف درهم على أن يحسب له من نصيبه لم يجز ذلك من قبل أن العقد فيه صرف ولم يوجد التقابض في المجلس ولأن حصته مما على أخيه داخلة في ذلك وهو دين ولو كان بعض التركة دينا على أجنبي لم يجز مثل هذا الصالح بين الورثة فيه فكذلك اذا كان دينا على بعض الورثة قال غيره انه يجوز من ذلك الجوهر بحصته اذا كان مميزا وان كان غير مميز لم يجز شئ منه أما اذا كان غير مميز فالجواب ظاهر لأن فساد العقد من حصة الحلى فالافتراق مفسد في حصة الجوهر أيضا وان كان مميزا فان كان صلحه مع جميع الورثة والموصى له فانه يجوز من حصة الجوهر لأن فساد العقد هنا بترك القبض في المجلس في حصة الحلى وذلك فساد طارئ لا باعتبار ان نصيبه دين فانه ما صالح عن نصيبه على هذا الحلى وانما اشترى هذا الحلى منهم بألف درهم على أن يحسب لهم من نصيبه فكان فساد العقد باعتبار ان الحلى غير مقبوض في المجلس وان الوارث الصغير والموصى له يقبضان حصتهما مما هو دين على الأخ الآخر في المجلس وكل ذلك يفسد العقد ترك القبض في المجلس من غير أن يتبين فيه فساد العقد من الاصل فلمذا بقي الصالح في حصة الجوهر اذا كان مميزا والله تعالى أعلم بالصواب

تم الجزء العشرون من مبسوط الامام السرخسي رحمه الله
وبليه الجزء الحادى والعشرون وأوله باب الصالح في الوصايا

فهرست الجزء العشرين من مبسوط السرخسي رحمه الله

صحيفة

- ٢ باب الكفالة بالنفس والوكالة بالخصوصة
- ١١ باب الكفالة عن الصبيان والمماليك
- ٢٧ باب الكفالة بالمال
- ٣٤ باب كفالة الرهط بعضهم عن بعض
- ٤٦ باب الكفالة على أن المكفول عنه برىء
- ٥٠ باب ضمان ما يبيع به الرجل

صحيفة

- ٥٢ باب الحوالة
 ٥٥ باب الامر بتقدي المال
 ٥٨ باب صلح الكفالة
 ٦٧ باب الكفالة والحوالة الى أجل
 ٧٢ باب الأمر بالضمان
 ٧٥ باب تكفيل القاضي في الدعوى
 ٨١ باب ما يصدق فيه الدافع من قضاء الدين
 ٨٥ باب ادعاء التكفيل أن المال من ثمن خمر أو ربا
 ٨٨ باب الحبس في الدين
 ٩١ باب الابراء والهبة للتكفيل
 ٩٣ باب اقرار أحد التكفيلين بأن المال عليه
 ٩٦ باب بطلان المال عن التكفيل من غير أداء ولا ابراء
 ١٠١ باب الحلف في الكفالة
 ١٠٢ باب الكفالة بما لا يجوز
 ١١١ باب كتاب القاضي الى القاضي في الكفالة
 ١١٣ باب الشهادة واليمين في الحوالة والكفالة
 ١١٩ باب كفالة الرجاين على شرط لزوم المال الخ
 ١٢٠ باب الكفالة بالاعيان
 ١٢٦ باب من الكفالة أيضا
 ١٣٣ كتاب الصلح باب الصلح في المقار ١٣٩
 ١٦٣ باب الصلح في الشفعة ١٦٤ باب الصلح الفاسد
 ١٧٠ باب المبايعة
 ١٧٨ باب صلح الأب والوصي والوارث

